

משבר ההטרסקסואליות: הבניית זהויות מיניות ביני לשון-הרע

מאת

הדי ויטרבו*

תקציר

בהליכי לשון-הרע שעניינם תיוג התובע/ת כהומו או כלסבית מתרחש ניסיון משפטי לחזק את ההבחנה בין הטרסקסואליות (ובעיקר גבריות הטרסקסואלית) לבין הומוסקסואליות. ניסיון זה מתמקד בשני צירים עיקריים – אמת והדרת-כבוד. העיסוק בשאלת האמת, קרי בשאלה אם התובע/ת באמת הומו/לסבית, תומך בתפיסת ההבחנה הטר/הומו כהבחנה ברורה, חד-משמעית ויציבה. העיסוק בשאלה בדבר מידת הדרת-הכבוד המיוחסת לכל אחת מהזהויות המיניות משעתק את ההגדרה בין הומוסקסואליות, שמזוהה עם בושה והשפלה, לבין הטרסקסואליות, שמזוהה עם הדרת-כבוד. השילוב של שיח האמת עם שיח הדרת-הכבוד משמש לביצור ההבדלה בין הטרסקסואליות, שמסומנת כזהות התקינה והמובנת מאליה, לבין הומוסקסואליות ולסביות, שמסומנות כזהויות חריגות ואף מסוכנות. לנוכח זאת המאמר דן במגבלותיהן של התמורות במעמדם המשפטי של הומואים ושל לסביות, כמו-גם במגבלותיה של פוליטיקת הזהויות המיניות. עם זאת, השיח המשפטי לא רק חותר לחזק את ההבחנה הטר/הומו, אלא גם משקף ומייצר ללא הרף סימני שאלה ביחס ליציבותה של הבחנה זו. כך, בין היתר, נחשפים ספקות לגבי זהותם המינית האמיתית של התובעים, ומתגלה שביריותה של הגבריות ההטרסקסואלית. לצד המתח האמור שבין יציבותה של ההבחנה הטר/הומו לבין אי-יציבותה, קיים בשיח המשפטי מתח נוסף: מצד אחד, המשפט מטיל הגבלות שונות על הדיבור על-אודות הומוסקסואליות, ומצד אחר, המשפט עצמו מרבה בדיבור זה ואף מעודד אותו. המאמר מסביר את הדיאלקטיקה שבין הגבלת הדיבור לבין ריבוי על-ידי בחינת מנגנונים שיחניים משפטיים הנוגעים בהקצאת הזהות המינית ה"אמיתית" של התובע/ת, באיסור התיוג כהומו או כלסבית, בסימון ההומוסקסואליות כסוד, ובשימוש ברטוריקה

* דוקטורנט למשפטים, London School of Economics and Political Science. המאמר מבוסס על חלקים מעבודת-גמר לתואר שני במשפטים. תודה מיוחדת נתונה למנחה העבודה, אייל גרוס, על הדיאלוג המפרה ועל תרומתו המשמעותית למחקר. ברצוני להודות גם לאריאל בנדור, לצבי טריגר, לעדי יוכט, לאריאל פורת, לאורית קמיר ולחברי מערכת עיוני משפט על הערות מועילות מאוד לטיוטות קודמות. המחקר הוצג לפני ועדת זכויות הלהט"ב (ראשי-תיבות של "לסביות, הומואים, טרנסים וביסקסואלים") של לשכת עורכי-הדין, בכנס "סקס אחר" ובסדנת התזה לתואר שני בפקולטה למשפטים של אוניברסיטת תל-אביב. תודתי נתונה למשתתפים על התייחסויותיהם החשובות.

של רמיזה ביחס להומוסקסואליות. כמו־כן המאמר בוחן את הקשר בין שני המתחים האמורים: (אי-)יציבותה של ההבחנה הטרו/הומו והרצון לדבר/להגביל את הדיבור על הומוסקסואליות.

א. מבוא

ב. האמת של המיניות

1. העיסוק בשאלת האמת

(א) הגנת "אמת דיברתי"

(ב) הזהות המינית האמיתית לפי "האדם הסביר"

(ג) תיקון סעיף 1(4) לחוק איסור לשון־הרע

(ד) צורות נוספות של עיסוק בשאלת האמת

2. מיעוטנות

3. שאלת האמת וחרדה מפני התמוססות הטרוסקסואליות

4. שיח האמת ופוליטיקת הזהויות המיניות

ג. הדרת־כבוד ובושה

1. הומוסקסואליות ובושה

(א) הזיהוי של הומוסקסואליות עם בושה

(ב) הומוסקסואליות בעיני "האדם הסביר"

2. הדרת־כבוד, אמת והנגדה

3. הדרת־כבוד וגבריות

ד. בין הגבלת הדיבור לעידודו

1. הִקָּאִיית הזהות המינית ה"אמיתית"

2. איסור התיוג כהומו/כלסבית

3. סודיות

4. רטוריקה של רמיזה

ה. סיכום

א. מבוא

במהלך שני העשורים האחרונים הוגשו בישראל לפחות עשרים תביעות שבמרכזן השאלה אם בייחוס נטיות הומוסקסואליות לאדם יש משום לשון-הרע. בשנת 1997 התייחסה הכנסת לסוגיית התיוג כהומו¹ או כלסבית,² כאשר הוסיפה לחוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק איסור לשון-הרע), התייחסות מפורשת לנטייה מינית. גם באמצעי התקשורת,³ ובמידה מצומצמת מאוד אף בכתיבה המשפטית האקדמית,⁴ נידונו המשמעויות החברתיות והמשפטיות של תיוג אדם כהומו.

שיח משפטי-חברתי זה התפתח, ברובו המכריע, כשיח של שיקולי מדיניות. במרכזו השאלה אם תיוג אדם כהומו ראוי שיהיה עילה לתביעת לשון-הרע, ולצידה שאלות נוספות, כגון: אילו סוגי נזק, אם בכלל, תיוגו של אדם כהומו מסב לו? מהו מעמד המשפטי-החברתי של הומואים, וכיצד הוא משפיע על הקביעה אם תיוג כהומו הינו לשון-הרע? האם כאשר בתי-משפט קובעים כי תיוג אדם כהומו הוא עלבון, הם משמרים

1 במאמר זה אשתמש במילה "הומו", ולא במילים כגון "הומוסקסואל" או "גיי", במטרה לתמוך בשיח הופכי (במונחי של מישל פוקו) שבו תפורק המילה מהמשמעויות השליליות המשויות לה. זאת, במידה מסוימת של דמיון למהלך שעשתה התיאוריה הקווירית ביחס למונח "קוויר", אשר שימש אף הוא במקורו כעלבון. ראו מירי רוזמדין "אלימות מילולית וקיום חברתי" מטפורה: כתב עת לפילוסופיה 6, 193, 198-201 (2006) DEBORAH CAMERON; & DON KULICK, LANGUAGE AND SEXUALITY 27-28 (2003).

2 כפי שיובהר בהמשך, רובן המכריע של התביעות שהוגשו בישראל עניינן תיוג כהומו, ולא תיוג כלסבית. כאשר המונחים "הומוסקסואליות" (גברית) ו"לסביות" נכרכים יחדיו במאמר, הרבר נובע מטעמי נוחות, ואין משמעותו שהומוסקסואליות ולסביות מומשגות בהכרח באופן זהה או מעוררות תוצאים (אפקטים) דומים. על החשיבות בהמשגה נפרדת של לסביות ושל הומואים בחקר המשפט ראו: Diana Majury, *Refashioning the Unfashionable: Claiming Lesbian Identities in the Legal Context*, 7 CAN. J. WOMEN & L. 286 (1994). הערה נוספת: ההתייחסות במאמר להומוסקסואליות וללסביות בלבד, ולא ללהט"ב ככלל, נובעת מכך שבפסיקה נקבע שתיוג כהומו/כלסבית הוא לשון-הרע, ולא שתיוג כלהט"ב הוא לשון-הרע.

3 לניתוח השיח העיתונאי על-אודות ההליכים המשפטיים הנידונים במאמר ראו הדי ויטרבו משבר ההטרסקסואליות: הבניית זהויות מיניות בדיני לשון הרע הישראליים 12-23, 29, 36-37, 44, 70, 96-97 (עבודת-גמר לתואר "מוסמך במשפטים", אוניברסיטת תל-אביב – הפקולטה למשפטים, 2008).

4 הכתיבה האקדמית בישראל על-אודות שאלה זו הסתכמה ברשימה קצרצרה שתידון בהמשך: דניאל פרידמן "מהו עלבון ולמי מותר להיעלב?" המשפט ג 131 (1996). נוסף על כך, בשנת 2002 נשא אייל גרוס הרצאה על-אודות ההיבט הביצועי (פרפורמטיבי) של פרשת אמסלם: אייל גרוס "אמסלם לא לבד" – פרפורמנס קווירי בבית-המשפט" סקס אחר 02 – הכנס השני ללימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית בישראל (לא פורסם, 3.6.2002) (בידי מערכת עיוני משפט נמצאים העתקים מהמסמכים שלא פורסמו ואשר מוזכרים בהערות-השוליים מכאן ואילך). לניתוח הכתיבה המשפטית האקדמית על-אודות נושא זה מחוץ לישראל ראו ויטרבו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 39-40.

את ההומופוביה שקיימת בחברה או שמא דווקא מענישים כראוי את מי שמנצלים לרעה את ההומופוביה הזו?

חרף חשיבותן של שאלות מעין אלה, המאמר הנוכחי לא יעסוק בסוגיות משפטיות דוקטרינריות שעשויות לעלות ביחס לתיוג כהומו/כלסבית, כגון גובה הפיצויים שיש לפסוק (אם בכלל) בעקבות תיוג זה או האפשרות להשתמש בעילות תביעה חלופיות בגין תיוג זה.⁵ מטרת המאמר אינה לספק תשובות לשאלות דוקטרינריות כאלה ואחרות, אלא לנסות להבין מדוע המשפט מתמודד כפי שהוא מתמודד עם תביעות לשון-הרע שעניינן תיוג התובע/ת כהומו/כלסבית.

מכיוון שהמשפט משמש זירה למאבק על המילים שייבחרו לשימוש ביחס להומוסקסואליות,⁶ מטרת המאמר היא להציע התבוננות ביקורתית על הדרכים שבהן בחירות לשוניות במשפט יוצרות ערכים והנחות הטרונורמטיביים,⁷ משעתקות אותם אך גם חותרות תחתיהם. לשם כך ינתחו טקסטים משפטיים ראשוניים⁸ (פסיקה, חקיקה,

5 לדיון בשאלות אלה ראו הדי ויטרבו "תיוג אדם כלהט"ב – לשון הרע" (מסמך שהוגש לוועדת זכויות הלהט"ב של לשכת עורכי הדין) 8-12 (לא פורסם, 18.11.2007).

6 BRUCE MACDOUGALL, QUEER JUDGMENTS: HOMOSEXUALITY, EXPRESSION, AND THE COURTS IN CANADA 7-9 (2000). על-אודות חשיבותו של ניתוח שיח משפטי ראו באופן כללי: JOHN M. CONLEY & WILLIAM M. O'BARR, JUST WORDS: LAW, LANGUAGE, AND POWER (2005); Kieran Dolin, *Law's Language*, in A CRITICAL INTRODUCTION TO LAW AND LITERATURE 19 (2007); PETER GOODRICH, LEGAL DISCOURSE: STUDIES IN LINGUISTICS, RHETORIC, AND LEGAL ANALYSIS (1987); ALLAN C. HUTCHINSON, IT'S ALL IN THE GAME: A NONFOUNDATIONALIST ACCOUNT OF LAW AND ADJUDICATION (2000); LAWRENCE SOLAN, THE LANGUAGE OF JUDGES (1993); THE RHETORIC OF LAW (Austin Sarat & Thomas R. Kearns eds., 1994).

7 המונח "הטרונורמטיביות" מציין את מכלול התפיסות, הפרקטיקות והמוסדות החברתיים שגורמים (במישרין או בעקיפין, ולא תמיד באופן קוהרנטי) לכך שהטרוסקסואליות נחזית כזהות מינית נורמלית, יציבה ומועדפת. Michael Warner, *Fear of a Queer Planet*, 29 (Social Text 3 (1991)).

8 חלק מהמקרים שבהם הוגשו תביעות לשון-הרע בגין תיוג התובע/ת כהומו/כלסבית לא ינותחו במאמר מפאת קוצר היריעה. ראו המסמכים הבאים: ת"פ (שלום ק"ג) 220/01 מדינת ישראל נ' סבן, תק-של 2004 (1) 11830 (להלן: עניין גלרון הפלילי); ת"א (שלום ראשל"צ) 552/05 גלרון נ' סבן, תק-של 2006 (2) 7834 (להלן: עניין גלרון האזרחי); ת"א (שלום ת"א) 12603/05 פאר נ' טיים אאוט מגזין (ישראל) בע"מ, תק-של 2007 (2) 28342 (להלן: פסק-הדין הראשון בעניין פאר); ת"א (שלום ת"א) 12603/05 פאר נ' טיים אאוט מגזין (ישראל) בע"מ, תק-של 2008 (2) 5277 (להלן: פסק-הדין השני בעניין פאר); בשג"ץ 3557/06 וינדר נ' ישי, תק-על 2006 (2) 4660 (2006); ת"א (שלום ת"א) 14726/05 אדלמן וגוטלהץ נ' חברת רייטינג בע"מ, תק-של 2007 (4) 1379, פס' 36 (2007) (להלן: עניין אדלמן); ת"א (שלום ת"א) 69796/06 לן נ' שכטר (לא פורסם, 5.11.2007); כתב התביעה בת"א (שלום ת"א) 38624/07 סאלמה נ' לביא, פס' 20 (לא פורסם, 11.6.2007); הסדר הגישור בת"א (שלום ת"א) 38624/07 סאלמה נ' לביא, פס' 20 (לא פורסם, נחתם על-ידי התובע ב-30.3.2008); ת"א (שלום ת"א) 18566/08 לנוקס-הוכשט נ' חברת AM-PM

פרוטוקולים וכתבי טענות⁹) ומשניים (טקסטים משפטיים אקדמיים). כמו-כן ייבחנו טקסטים עיתונאיים רלוונטיים, במטרה לעמוד על יחסי-הגומלין בין השיח המשפטי לבין שדות שיח משיקים לו (ככל שניתן בכלל להבחין בין השדה המשפטי לבין שדות אחרים).¹⁰

הניתוח הטקסטואלי במאמר ישתמש בכתובה פוסט-סטרוקטורליסטית על-אודות מיניות ומגדר, ובעיקר בתיאוריה קווירית, בתיאוריה פמיניסטית ובלמודי הגבריות. מניתוח זה יובהר כי בהליכי לשון-הרע הנוגעים בתיוג כהומו או כלסבית, העיקר אינו (רק) פיצוי התובעים או ענישת הנתבעים, אלא ניסיון להגן על ההטרסקסואליות – ובפרט על הגבריות ההטרסקסואלית – מפני מה שנתפס כאיום עליה ועל יציבותה.¹¹ ניסיון זה נסב סביב שני צירים מרכזיים: הראשון, שיידון בפרק ב של המאמר, הוא העיסוק בשאלה אם התובע "באמת" הומו; והשני, שייבחן בפרק ג, הוא העיסוק בשאלות של הדרת-כבוד, בושע והשפלה. באמצעות שני צירים אלה הטרסקסואליות והומוסקסואליות מסומנות כזהויות יציבות, שהגבולות ביניהן ברורים ואיתנים. בתוך כך הטרסקסואליות מייצגת את הרוב הנורמטיבי, ואילו הומוסקסואליות מייצגת מיעוט חריג ומאיים. לנוכח המחויבות המשפטית להגן על הבחנה זו בין הטרסקסואליות להומוסקסואליות, יעמוד המאמר על מגבלותיהן של פוליטיקת הזהויות ההומו-לסבית ושל התמורות שחלו במעמד המשפטי של הומואים ושל לסביות.

עם זאת, המשפט לא רק חותר לייצב את ההבחנה הטר/הומו, אלא גם חושף ומייצר סימני שאלה ביחס לאיתנותה של הבחנה זו. תוך כדי כך נגלה גם חוסר יציבות של המודל

(תביעה תלויה ועומדת); ת"א 26170/05 בנבנישתי נ' רחמני, תק-של 2008 (4) 26885 (2008) (להלן: עניין בנבנישתי); ת"א 165592/09 (שלום ת"א) רוט נ' טיים אאוט מגזין (ישראל) בע"מ (תביעה תלויה ועומדת). לאחרונה הוגשה תביעה נוספת, המתוארת אצל שמעון אפרגן "תובע את חברת הוט: 'קראו לי הומו'" nrg-מעריב – חדשות 1.2.2009 www.nrg.co.il/online/1/ART1/847/762.html.

9 מטבע הדברים קיימת בעייתיות מסוימת בכך שחלק מהטקסטים (בעיקר פרוטוקולים וציטוטים מסוימים) נחזים כתיעוד של התבטאויות בעל-פה. להתייחסות תמציתית אל הקושי שבניתוח

עדויות כתובות לדיבור בעל-פה בהקשר של לשון-הרע ראו: INA HABERMANN, STAGING SLANDER AND GENDER IN EARLY MODERN ENGLAND 2 (2003).

10 כטענתם של ניקולס רוז ומריאנה ולוורדה, "המשפט" (מושג מדומיין כשלעצמו) פועל תמיד בערוביה עם פרקטיקות ותהליכים "חוץ-משפטיים". Nikolas Rose & Mariana Valverde, "Governed by Law?", 7 Soc. & Legal Stud. 541, 545–546 (1998).

11 "הטרסקסואליות" אינה מושג אחיד, אלא כוללת בתוכה מגוון של זהויות, פרקטיקות, חוויות ומוסדות חברתיים, אשר לעיתים אף מתחרים זה בזה. STEVI JACKSON, HETEROSEXUALITY IN QUESTION 164–166, 169 (1999); Carol Smart, *Collusion, Collaboration and Confession: On Moving Beyond the Heterosexuality Debate*, in THEORISING HETEROSEXUALITY: TELLING IT STRAIGHT 161, 170–171, 173, 175 (Diane Richardson ed., 1996). כפי שיובהר בהמשך, מאמר זה שם דגש במודל הדומיננטי של הטרסקסואליות גברית ישראלית (שגם הוא אינו אחיד לחלוטין).

הדומיננטי של גבריות הטרנסקסואלית, אשר נשען על היבדלות מהומוסקסואליות. עניין זה יידון לאורך המאמר.

לצד המתח האמור שבין חיזוק ההבחנה הטר/ומו לבין התערערותה, קיים בשיח המשפטי הנבחן מתח נוסף: מצד אחד, המשפט מגביל את הדיבור על-אודות הומוסקסואליות, ומצד אחר, הוא מפעיל טכניקות שונות שמעודדות את הדיבור הזה. פרק ד של המאמר ידון ביחסים הדיאלקטיים שבין הגבלת הדיבור לבין ריבוי, ויבחן את הקשר בין (אי-)יציבותה של ההבחנה הטר/ומו לבין הרצון לדבר/להגביל את הדיבור על הומוסקסואליות. המאבק על משמעותו המשפטית של תיוג כהומו או כלסבית, וכמותו גם המאבק על משמעותם המשפטית של הישגים הומו-לסביים, הם למעשה מאבקים על משמעותן של הטרנסקסואליות והומוסקסואליות.¹² לאור שני המתחים האמורים יוסבר התפקיד שהמשפט ממלא במאבקים אלה.

ב. האמת של המיניות

"האם התובע באמת הומו?" "האם התובעת באמת לסבית?" – לשאלות אלה הוקצה מקום מרכזי בשיח המשפטי שבמוקד דיוננו. תופעה זו היא אחד הביטויים המרכזיים של שתי תפיסות דומיננטיות בשיח המשפטי הנחקר. לפי התפיסה הראשונה – מהותנות – המציאות החברתית מאורגנת באמצעות זהויות מיניות אמיתיות, ממשיות, מובחנות ויציבות, אשר ניהנות באופי נתון וברור.¹³ התפיסה השנייה – הנגדה – מתייחסת לזהויות מיניות כאל מצב דו-קוטבי, תוך התעלמות מסינתזה או ממצבי-ביניים אפשריים בין שני "קטבים" אלה.

12 כפי שמציינים קמרון וקוליק, מאבק על מילים הוא למעשה מאבק על ההנחות והערכים שהשימושים באותן מילים מייצגים. CAMERON & KULICK, לעיל ה"ש 1, בעמ' 29. על-אודות המאבק על מקומה החברתי של ההומוסקסואליות, כפי שהוא בא לידי ביטוי בשפה, ראו באופן כללי: Dean Pierce, *Language, Violence and Queer People: Social and Cultural Change Strategies*, in FROM HATE CRIMES TO HUMAN RIGHTS: A TRIBUTE TO MATTHEW SHEPARD 47, 57–60 (Mary E. Swigonski et al. eds., 2001). על כוחן החברתי של ההתבטאויות של שופטים ביחס להומוסקסואליות ראו MACDOUGALL, לעיל ה"ש 6, בעמ' 10–8.

13 ראו גם: Kenneth L. Karst, *Myths of Identity: Individual and Group Portraits of Race and Sexual Orientation*, 43 UCLA L. REV. 263, 264–265 (1995). המשמעות שייערתי למונח "מהותנות" במסגרת המאמר אינה זהה בהכרח לשימושים במונח זה בהקשרים אחרים (שימושים שגם בינם לבין עצמם אין בהכרח חפיפה). כפי שמסבירה דיאנה פס, "אין מהות למהותנות" ("there is no essence to essentialism"), ולכן ניתן ורצוי לדבר על "מהותנויות" ("essentialisms"). DIANA FUSS, *ESSENTIALLY SPEAKING: FEMINISM, NATURE AND DIFFERENCE* xii (1989).

בדיני לשון-הרע הישראליים ההנגדה המינית השלטת היא ההנגדה בין הטרסקסואליות לבין הומוסקסואליות.¹⁴ הדגשת ההבחנה הדיכוטומית הטר/הומו עשויה לשמש לחיזוק הזהות המינית התקינה והנורמלית, על-דרך הנגדתה לזהויות מיניות שנתפסות כבעייתיות, כבלתי-מקובלות וכחריגות, ולכן כמדורגות נמוך יותר במדרג החברתי.¹⁵ תיתכן אומנם מהותנות ללא הנגדה,¹⁶ אך בשיח המשפטי הנבחן שתי התפיסות הללו באות זו לצד זו: העיסוק המשפטי האינטנסיבי בזהות המינית ה"אמיתית" מניח הנחה מהותנית שלפיה זהות מינית היא מבנה ממשי בעל גבולות ברורים, ונוסף על כך מציב את הזהויות המיניות זו כניגודה של זו, על-ידי סיווג לשון-הרע באופן בינרי – כאמת (התובע "באמת" הומו) או כשקר (התובע הטרסקסואל).

1. העיסוק בשאלת האמת

המשפט, מטבעו, נוטה להיצמד לקטגוריות "אמיתיות". נטייה זו מחייבת קבלת החלטות משפטיות על-סמך שאלות שהתשובות להן הן "כן" או "לא", ומקשה את ההכרה במצבים שחורגים משתי אפשרויות בינריות אלה.¹⁷ בדיני לשון-הרע קיים עניין מיוחד בשאלת האמת: עיקרו של הליך משפטי לבירור תביעת לשון-הרע הוא טיהור שמו של התובע,¹⁸ ולשם כך בתי-המשפט מתפקדים כפורום ממוסד לבדיקה אם יש אמת כלשהי

14 עם זאת, ייתכנו סוגי הנגדה אחרים. למשל, תיתכן הנגדה בין מונוסקסואליות (משיכה לבני מין אחד בלבד, ובכלל זה הטרסקסואליות והומוסקסואליות) לבין ביסקסואליות. ראו: M. Lynne Murphy, *The Elusive Bisexual: Social Categorization and Lexico-Semantic Change, in QUEERLY PHRASED: LANGUAGE, GENDER, AND SEXUALITY* 35, 44 (Anna Livia & Kira Hall eds., 1997). לחלופין תיתכן הנגדה בין מי שנמשכים לגברים (נשים הטרסקסואליות וגברים הומוסקסואלים) לבין מי שנמשכים לנשים (נשים לסביות וגברים הטרסקסואלים). לצורות אפשריות נוספות של הנגדה מינית ראו: Eve Kosofsky Sedgwick, *Epistemology of the Closet* 35 (1990). ראו גם להלן ה"ש 211.

15 Karst, לעיל ה"ש 13, בעמ' 286-285; MacDougall, לעיל ה"ש 6, בעמ' 22; Murphy, לעיל ה"ש 14, בעמ' 35, 39, 43; George L. Mosse, *The Image of Man: The Creation of Modern Masculinity* 67-68 (1996). העמדת המיניות על שני קטבים – הטרסקסואליות מול הומוסקסואליות – מאפשרת להתעלם מאפשרויות נוספות, כגון ביסקסואליות. ראו הרי ויטרבו "מתהום הנשייה למצולות הנשי" כתב-העת של התכנית הבין-תחומית לתלמידים מצטיינים 6, 2, 5-2 (2004); Ruth Colker, *A Bisexual Jurisprudence, 3 L. & Sexuality* (1993) 127.

16 דוגמה לכך היא תיאוריית "הרצף הלסבי" של אדריאן רייך. אצל רייך, המונח "רצף לסבי" מציין "טווח – העובר בחייה של כל אישה ואישה לאורך ההיסטוריה – של התנסות המתאפיינת בהזדהות-נשית". אדריאן רייך "הטרסקסואליות כפויה והקיום הלסבי" מעבר למיניות: מבחר מאמרים בלימודים הומו-לסביים ותיאוריה קווירית 73, 87 (אייר קדר, עמליה זיו ואורן קנר עורכים, 2001).

17 Karst, לעיל ה"ש 13, בעמ' 292, 295.

18 חאלד גנאים, מרכזי קרמניצר ובוועד שנור לשון הרע: הדין הרצוי והמצוי 396 (2005). לפי מחקרים שנערכו בארצות-הברית, רוב התובעים בתביעות לשון-הרע אכן מעוניינים בעיקר

מאחורי העלבון.¹⁹ עניין זה בשאלת אמיתות הפרסום אף מעוגן בכמה מסעיפיו של חוק איסור לשון-הרע.²⁰

אך כפי שיובהר מייד, העיסוק המשפטי באמת של המיניות אינו קשור רק לסעיפי החוק שנוגעים באמיתות הפרסום. זאת ועוד, דיני לשון-הרע אינם אלא זירה משפטית אחת מני כמה שבהן נידונה השאלה אם אדם "באמת" הומו.²¹ ייתכן שהדבר נובע מהיותה של המיניות לא רק נושא אחד מני רבים שמגיע לפתחם של בתי-המשפט, אלא נושא שקיימת עדיפות לחשיפת אמיתותו בחברה המערבית, כפי שהסביר מישל פוקו.²² פוקו גרס שבעידן המודרני החל המין להיות "עניין של אמת ושקר; שהאמת של המין הפכה להיות דבר-מה מהותי, שימושי או מסוכן, רב ערך או מעורר חשש; בקיצור, שהמין כונן כמושא של מאבק במגרש של אמת".²³ מה שמאפיין את הפרשות שאנו דנים בהן הוא אם כן שהצורך החברתי להתחקות אחר האמת של המיניות מתועל לדיני לשון-הרע, אשר שאלת האמת ממלאת בהם ממילא תפקיד מרכזי.

בטיהור שמם, על-ידי פרסום תיקון או הכחשה של הפרסום על-אודותיהם. שם, בעמ' 386, 396.

19 את צמיחתם של דיני לשון-הרע המודרניים ניתן להסביר, בין היתר, על רקע התחזקותו של שיח האמת המודרני במערכי הכוחות של תרבות המערב. ראו ויטורבו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 84-85.

20 מבין הסעיפים הללו, בפרשות שבמוקד דיוננו נעשה שימוש בס' 14 (הגנת "אמת דיברתי"), בס' 19(2) (היות הנתבע משוכנע באמיתות הפרסום כשיקול להקלה עימו) ובס' 9(א)(2) (סעד של פרסום תיקון, קרי, פרסום האמת). סעיף נוסף, אשר לא נעשה שימוש בו בפרשות שאנו דנים בהן, הוא ס' 16(ב), שלפיו חזקה על הנתבע שפעל בחוסר תום-לב אם הפרסום לא היה אמת והנתבע לא בירר אם הוא אמת או לא האמין באמיתותו. סעיף זה מטיל על התובע את נטל ההוכחה של הנסיבות המפורטות בו. אורי שנהר דיני לשון הרע 266-267 (2001). לפיכך הסעיף מחייב את התובע לחשוף לפני בית-המשפט את זהותו ה"אמיתית".

21 לדיון בעיסוק ב"אמת" של המיניות בהליכים להסדרת מעמדם המשפטי של פליטים ראו: (2001) 61-87 DEREK MCGHEE, HOMOSEXUALITY, LAW AND RESISTANCE. על-אודות מרכזיותה של שאלת הזהות המינית האמיתית בהליך פלילי שנוגע ביחסים מיניים בין גברים מבוגרים לבין קטין ראו ניר קיפניס "מה באמת מעניין את הציבור" גלובס 26.1.2009. www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000419631&fid=2&nl=2 ("יותר משהציבור רוצה לדעת מי העברייני לכאורה, הוא רוצה לדעת מי כאן ההומו"). לדוגמה למרכזיותה של שאלת האמת של המיניות כתביעה נזיקית ראו ת"א (שלום הרצליה) 4097/00 פלוני נ' עיריית תל-אביב יפו (לא פורסם, 28.8.2005) (פסק-דין שלפיו דיבר התובע אמת כאשר הצהיר בבית-המשפט שהוא הומו, ולעומת זאת שיקר כאשר "הסתיר" ממכריו את ההומוסקסואליות שלו).

22 מישל פוקו תולדות המיניות – כרך ראשון: הרצון לדעת 44 (1996); TECHNOLOGIES OF THE SELF: A SEMINAR WITH MICHEL FOUCAULT 16 (Luther H. Martin et al. eds., 1988).

23 פוקו, שם, בעמ' 41.

(א) הגנת "אמת דיברתי"

טענת ההגנה הקרויה "אמת דיברתי" היא אחד הנתיבים שדרכם נשאלת השאלה אם התובע "באמת" הומו (או אם התובעת "באמת" לסבית). הגנה זו תעמוד לרשות הנתבע (או הנאשם) אם יוכיח שהפרסום תואם את המציאות העובדתית, ואם נוסף על כך יקבע בית-המשפט כי יש בפרסום עניין ציבורי.²⁴ הגנת "אמת דיברתי" נטענה בשלושה מן המקרים שאנו בוחנים כאן, ובשלושתם היא נדחתה על-ידי בתי-המשפט.²⁵ אך השופטים לא ערערו על עצם הניסיון לסווג כ"אמת" או כ"שקר" את ההתבטאות הנוגעת בזוהות המינית של התובע/ת;²⁶ ההפך הוא הנכון – בכל אחד מהמקרים טענו השופטים שההתבטאות על-אודות התובע/ת היא שקר חד חלק, ובכך נהיו לשותפים פעילים בשיח האמת, שלפיו ניתן וראוי להבחין בין הטרסקסואל להומו.

אחד המקרים שבהם הועלתה (ונדחתה) הגנת "אמת דיברתי" הוא פרשת פלוני – תביעת לשון-הרע שהגיש רופא נגד אשתו בשנת 1996, לאחר שכנתה אותו "הומו" ו"סוטה מין" במהלך ויכוח ביניהם בקליניקה שלו בשעות קבלת קהל. בשנת 2002 קבע השופט שוחט מבית-המשפט לענייני משפחה בתל-אביב כי בכינויים אלה יש משום לשון-הרע, וחיוב את הנתבעת לשלם לתובע פיצויים בגובה 75,000 ש"ח ללא הוכחת נזק. בפסק-דינו דחה השופט שוחט את הגנת "אמת דיברתי" שהועלתה על-ידי הנתבעת, וקבע כי "אין שמץ [של אמת – ה' ו'] בטענותיה החמורות כלפי התובע".²⁷

הגנת "אמת דיברתי" נטענה ונדחתה גם בפרשת אמסלם, שהינה ככל הנראה הידועה ביותר²⁸ (אך לא המוקדמת ביותר)²⁹ מבין הפרשות שדיוננו עוסק בהן, ואשר התקבעה בתודעה המשפטית כהלכה מנחה ביחס לשאלה אם בתיוג כהומו/כלסבית יש משום לשון-הרע.³⁰ שמעון אמסלם, אז שחקן כדורסל בקבוצת הפועל תל-אביב, נתקל במהלך המשחקים

24 ס' 14 לחוק איסור לשון-הרע.

25 מפאת קוצר היריעה יצינו בטקסט להלן שניים בלבד מבין שלושת המקרים. המקרה השלישי, שיידון בהמשך המאמר, הוא ת"א (שלום ת"א) 39231/06 עמותת ל.ב.ן. רמת השרון לקידום כדורסל בע"מ נ' רשת שוקן בע"מ, תק"ש 2007 (4) 29342 (2007) (להלן: עניין אנדה).

26 אילו קבעו בתי-המשפט, כאמור, שההתבטאות המייחסת נטיות הומוסקסואליות אינה ניתנת למיון ולסיווג כאמת או כשקר, היה מקום, מבחינה משפטית, לקבוע שהנתבעים אינם יכולים להתגונן בטענת "אמת דיברתי". שנהר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 219.

27 תמ"ש (משפחה ת"א) 314827/96 פלוני נ' פלונית, תק"מ 2002 (3) 190, פס' 8 (2002) (להלן: עניין פלוני) (ההדרגה הוספה).

28 על-אודות העיסוק העיתונאי הרב בפרשת אמסלם ראו ויטרבו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 16. מבין המקרים שבהם אנו דנים, פרשת אמסלם היא היחידה שנידונה בספרות האקדמית. לאזכורי הפרשה ראו פרידמן, לעיל ה"ש 4; גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 18, בעמ' 220, 261; שנהר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 119, 139-140, 401, 403.

29 קדמה לה פרשת חזון, שתידון בהמשך.

30 פסקי-הדין בעניין אמסלם (להלן ה"ש 33 ו-34) עברו במרוצת השנים קנוניזציה בשיח השיפוטי, בין היתר על-ידי אזכורם והסתמכות עליהם בפסקי-דין רבים, ביניהם שישה מפסקי-הדין שעסקו בשאלה אם תיוג אדם כהומו הינו לשון-הרע: ת"א (שלום ב"ש) 9005/99 סופר נ' אברג'ל ופלד, תק"ש 2004 (1) 2125, פס' 14 (2004) (להלן: עניין סופר); עניין

בהקנטות מצד אוהדי "מכבי" תל-אביב, אשר הרבו לקרוא לעברו "אמסלם ההומו, אמסלם ההומו, אמסלם הבן-זונה" (בלחן הפזמון של השיר "מעל פסגת הר הצופים"), משום שמירתו ההדוקה על שחקן "מכבי" קווין מגי במשחקי הדרכי.³¹ בשנת 1994 פורסמה במדור הספורט של המקומון התל-אביבי העיר כתבה על-אודות המשחקים האולימפיים של ההומואים והלסביות ("Gay Games") תחת הכותרת "אמסלם לא לבד".³² בעקבות זאת הגיש אמסלם תביעת לשון-הרע נגד העיתון, ובשנת 1995 התקבלה תביעתו ונפסקו לו פיצויים בסך 150,000 ש"ח.³³ שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב שדנה בעניינו, שרה דותן, דחתה את הגנת "אמת דיברתי" שננקטה על-ידי הנתבעים, וקבעה כי מדובר בטענה "מבישה... מיתממת במקרה הטוב ומטעה במקרה הגרוע".³⁴ השופטת דותן הוסיפה והכריזה כי "התובע... אינו הומוסקסואל ואין כל סיבה להכתירו בתואר לא לו".³⁵ דברים אלה זכו בהדרגה לתקשורת נרחבת. בין היתר פורסמה למחרת מתן פסק-הדין כתבה בעיתון מעריב שכותרתה – באותיות ענק – "אמסלם לא הומו", ואשר בכותרת-המשנה שלה נכתב: "קביעה זו עומדת ביסודה של החלטת שופטת בימ"ש השלום להרשיע את 'העיר' בהוצאת לשון הרע נגד הכדורסלן שמעון אמסלם".³⁶ ערעורם של הנתבעים לבית-המשפט המחוזי נדחה פה אחד על-ידי השופטים גרוס, בן-שלמה ורובינשטיין.³⁷ בהמשך הגישו הנתבעים בקשת רשות ערעור לבית-המשפט העליון, אך חזרו בהם מהבקשה לאחר שנשיא בית-המשפט דאז, אהרן ברק, בהחיר להם כי לדעתו אין מקום לערעור.³⁸

פלוני, לעיל ה"ש 27, פס' 7; ת"ק (תביעות קטנות י"ם) 2272/05 מלכה נ' אויבספלד, תק-של 2005(4) 3392, פס' 39 (2005) (להלן: עניין מלכה); פסק-הדין הראשון בעניין פאר, לעיל ה"ש 8, פס' 7; עניין אנדה, לעיל ה"ש 25, פס' 53-54; עניין בנבנישתי, לעיל ה"ש 8, פס' 11.

31 משה גורלי "שמעון אמסלם יוצא למתפרצת" מעריב – סופשבוע 3.3.1995, 50; משה גורלי "שמעון אמסלם נגד 'העיר': היום פסק-הדין" מעריב – היום 20.6.1995, 10.

32 רונן טל "אמסלם לא לבד" העיר 11.2.1994, 110.

33 ת"א (שלום ת"א) 20174/94 אמסלם נ' קליין ואח', תק-של 95(2) 602 (1995) (להלן: פסק-הדין של השלום בעניין אמסלם). הפיצויים שנפסקו באותה פרשה נחשבו אז (ונחשבים גם כיום) לגבוהים מאוד ביחס לפיצויים הנפסקים בתביעות לשון-הרע – עובדה היוצרת את הרושם שמדובר בפיצויים עונשיים. איתן להמן "לשון הרע" העין השביעית 1, 9 (1996).

34 פסק-הדין של השלום בעניין אמסלם, שם, בעמ' 9 (ההדגשה הוספה). קביעה זו צוטטה בע"א (מחוזי ת"א) 1145/95 קליין ואח' נ' אמסלם, תק-מח 97(1) 3188, פס' 8(ה) (1997) (להלן: פסק-הדין של המחוזי בעניין אמסלם).

35 פסק-הדין של השלום בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 33, בעמ' 11 (ההדגשה הוספה).

36 ארז רותם "אמסלם לא הומו" מעריב – ראשי 21.6.1995, 10 (ההדגשות הוספו).

37 פסק-הדין של המחוזי בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 34, פס' 2.

38 משה ריינפלד "רשת שוקן חזרה בה מכוונה לערער על הקביעה כי הוציאה דיבה על שמעון אמסלם" הארץ 2.12.1997 א 11.

אחיזתם של השופטות והשופטים בסמכות להכריע אם יש או אין אמת בדברים מעידה כי הם נתפסים בעיני עצמם, וכנראה גם בעיני הצדדים להליך, כאדוֹנֵי האמת של המיניות³⁹ – כבעלי המונופולין על שיח האמת של המיניות, אשר אצלם בלבד המיניות האמיתית יכולה להתממש במלואה באמצעות פיענוח דברי התובע ופירושם.

(ב) הזהות המינית האמיתית לפי "האדם הסביר"

בדיני לשון-הרע מוסכם כי יש לבדוק את משמעות הפרסום על-פי מבחן "אובייקטיבי", קרי, על-פי מה שמוגדר כמובן ה"טבעי" וה"רגיל" של המילים בעיני "האדם הסביר".⁴⁰ בהתאם לכך, בבואם להכריע אם יש להבין פרסום מסוים ככזה שמתייג את התובע/ת כהומו/כלסבית, הסתמכו שופטות ושופטים לעיתים על "האדם הסביר".

דוגמה אחת לכך ניתן למצוא בפרשת גולן: בשנת 2003 מתח איש הטלוויזיה מתי גולן ביקורת על התנהלותם התקשורתית של צמד הסטיריקנים שי גולדשטיין ודרור רפאל. באותו יום שידרו שי ודרור מערכון בתוכניתם שבו גילמו את דמויותיהן של צמד זקנות אשר משוחחות בפארק ומחליפות ביניהן דברים המתייחסים בכפיפה אחת למצעד הגאווה ולמתי גולן. כעבור חודשיים הגיש גולן תביעת לשון-הרע, ותביעתו התקבלה על-ידי שופט בית-משפט השלום בהרצליה צבי דותן, שפסק לו פיצויים בסך 60,000 ש"ח ללא הוכחת נזק.⁴¹ השופט דותן ציין כי "הנתבעים טוענים כי אין בדיאלוגים הסאטיריים... כל לשון הרע כלפי התובע... [אך] שום צופה סביר לא היה מבין כך את הדיאלוג הנ"ל... כל צופה הרואה את התכנית בטלוויזיה היה מבין כי יש כאן רמיזה להשתייכותו (כביכול) של התובע לקהילת ההומוסקסואלים או לקשר שלו עם הקהילה הזאת".⁴²

מעיון בדברים אלה, כמו-גם בהצהרות שיפוטיות דומות בפרשות אחרות,⁴³ מתבהר ש"האדם הסביר" טרור בשאלת הזהות המינית ה"אמיתית" של התובע/ת. זאת ועוד, נראה שאדם סביר עשוי להטיל על-גנלה ספק בהטרסקסואליות: די במערכון הומוריסטי הכולל דיבור על פלוני ועל מצעד הגאווה בכפיפה אחת להעמיד את ההטרסקסואליות שלו בספק. כלומר, העיסוק בשאלת הזהות המינית ה"אמיתית" בא לצד ספקות ביחס ליציבותה של אמת זו – תופעה שנשוב אליה בהמשך.

39 לפי מישל פוקו, שיח האמת המודרני מתאפיין בכך שהמאזין הוא אדון האמת. האמת של הדובר נוכחת אצלו רק בצורה חלקית ועיוורת לעצמה, ואינה יכולה להתממש במלואה אלא אצל המאזין שקולט אותה. פוקו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 48.

40 שנהר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 110.

41 ת"א (שלום הרצליה) 3148/03 גולן נ' גולדשטיין ורפאלי, פס' 8, 24, 53 (לא פורסם, 9.5.2007 www.nevo.co.il/Psika_word/shalom/s03003148a.doc (להלן: עניין גולן)).

42 שם, פס' 15, 24 (ההדגשות הוספו).

43 אין זה המקרה היחיד שבו נפסק כי "האדם הסביר" יסיק מהפרסום שהתובע/ת אכן הומו/לסבית. ראו גם פסק-הדין הראשון בעניין פאר, לעיל ה"ש 8, פס' 11 ("הקורא הסביר... בהחלט מבצע קישור אסוציאטיבי בין התובעת ובין הקהילה ההומו-לסבית"); עניין אנדה, לעיל ה"ש 25, פס' 33 ("בכותרת הראשית ובכותרת המשנה ישנה אמירה המובנת ע"י האדם הסביר כי שחקניות הכדורסל בקבוצה הינן לסביות").

(ג) תיקון סעיף 1(4) לחוק איסור לשון-הרע

בשנת 1997 התקבל במליאת הכנסת תיקון לסעיף 1(4) לחוק איסור לשון-הרע. התיקון הוסיף לחוק, בין היתר, איסור מפורש של ביזוי בשל נטייה מינית. לאחר קבלת התיקון קבע הסעיף: "לשון הרע היא דבר שפרסומו עלול... לבזות אדם בשל גזעו, מוצאו, דתו, מקום מגוריו, מינו או נטייתו המינית".⁴⁴

ההתייחסות בחוק לנטייה מינית לא יועדה במקורה לטובת כלל התובעים הפוטנציאליים,⁴⁵ אלא לטובת הומואים ולסביות,⁴⁶ כלומר, לטובת מי שיתוגו כהומואים או כלסביות על רקע היותם "באמת" כאלה. מעידים על כך דבריהם של כמה חברי-כנסת, וביניהם אמירתו של חבר-הכנסת אלי גולדשמידט שהצעת החוק מבטאת "תפיסה האומרת שאדם זכאי לכל הזכויות של אדם באשר הוא אדם, גם כאשר הוא הומוסקסואל".⁴⁷ ההנחה שנמעניו הישירים של התיקון הם הומואים ולסביות ("אמיתיים") הייתה ברורה מאליה עד כדי כך שהתפתח דיון בוועדה לקידום מעמד האישה בשאלה אם הומואים ולסביות יעזו לקום ולתבוע או שמא יש לאפשר לארגוני הומואים ולסביות להגיש תביעות בשם יחידים שחוששים לעשות זאת בעצמם.⁴⁸ ראייה נוספת לכך שהתיקון לחוק נתפס ככזה שנועד לטובת הומואים ולסביות היא אי-אזכורו של פסק-הדין בעניין אמסלם (שאינו "באמת" הומו) במהלך הדיונים בכנסת.⁴⁹

44 חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 1612 (ההדגשה הוספה). בשנת 2007 הוספה לס' 1(4) גם ההתייחסות למגבלות פיזית, שכלית או נפשית (חוק איסור לשון הרע, התשכ"ה-1965, ס"ח 1871).

45 תובעים הטרוסקסואלים לא נזקקו כלל לתיקון לחוק, משום שפסקי-הדין בעניין חזון ובעניין אמסלם כבר הכירו אז בהומוסקסואליות כלשון-הרע.

46 זאת, להבדיל מהחוק למניעת הטרדה מינית, שנועד לאסור השפלה על רקע נטייה מינית, בין אם נטייה זו "אמיתית" ובין אם לאו.

47 ד"כ 160, 4099, 4100 (תשנ"ז) (להלן: הדיון במליאת הכנסת לקראת הקריאה הראשונה) (ההדגשה הוספה). לניתוח התבטאויות דומות שנשמעו בדיונים במליאת הכנסת ובוועדה לקידום מעמד האישה ראו ויטרבו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 32-33.

48 פרוטוקול ישיבה מס' 27 של הוועדה לקידום מעמד האישה, הכנסת ה-14, 12 (7.1.1997) (להלן: פרוטוקול הוועדה לקידום מעמד האישה).

49 וההתעלמות גם מפסקי-הדין בעניין חזון, שקדם לפרשת אמסלם ואשר יידון בהמשך. ההתעלמות משני פסקי-הדין הללו בולטת במיוחד מכיוון שכדיונים נכחו משפטנים רבים ובקאים בנושא: בדיון שנערך בוועדה לקידום מעמד האישה נכחו, בין היתר, דן יקיר (מהאגודה לזכויות האזרח), עירא הרר (מארגון קל"ף – קהילה לסבית פמיניסטית) ודורי ספיבק (מהאגודה לזכויות הפרט – כיום אגודת הלהט"ב). בדיון שנערך במליאת הכנסת נכח חבר-הכנסת יונה יהב, מומחה לדיני לשון-הרע. זאת, נוסף על משפטניות ומשפטנים אחרים שנכחו בדיוני הוועדה לקידום מעמד האישה. קשה להאמין שאף לא אחד מהם הכיר את פרשת אמסלם או את פרשת חזון.

במבחן הזמן הייתה משמעותו העיקרית של תיקון החוק הצהרתית בעיקרה.⁵⁰ ברובם הגדול של פסקי-הדין שדיונו נסב עליהם לא נעשה כל שימוש בסעיף 1(4),⁵¹ חרף התייחסותו הברורה לנטייה מינית.⁵² אחד ההסברים האפשריים לכך הוא שהסעיף לא נתפס על-פירור כרלוונטי לתובעים שאינם "באמת" הומואים. אכן, באחד משני המקרים היחידים שבהם נעשה שימוש בסעיף 1(4), "הצהיר" התובע על עצמו במפורש כהומו.⁵³

(ד) צורות נוספות של עיסוק בשאלת האמת

הדיבור על שאלת הזהות המינית ה"אמיתית" משתרע אל מעבר לשלוש המסגרות שנסקרו לעיל – הגנת "אמת דיברתי", מבחן "האדם הסביר" והדיונים על התיקון לסעיף 1(4). לדוגמה אחת⁵⁴ לכך היא נסיונו של התובע בפרשת אמסלם להוכיח כי הוא אינו באמת הומו. תחילה פנה אמסלם לעיתון העיר בדרישה לפרסם התנצלות, ובעקבות זאת פורסמה בעיתון הבהרה בזה הלשון: "אף אחד בספורט 'העיר' לא חשב ולא חושב ששמעון אמסלם הוא הומוסקסואל... לכולם... ברור שהיא נטולת אחיזה במציאות."⁵⁵ לאחר-מכן טען אמסלם בכתב התביעה (עוד בטרם נטענה טענת "אמת דיברתי" על-ידי הנתבעים)

50 המחוקקים אכן חזו שמשמעות החוק תהיה הצהרתית בעיקרה. ראו פרוטוקול הוועדה לקידום מעמד האישה, לעיל ה"ש 48, בעמ' 3, 5; ד"כ 161, 4377, 4378-4377 (תשנ"ז) (להלן: הדיון במליאת הכנסת לקראת הקריאות השנייה והשלישית). ההבנה שלחוק לא תהיה השפעה מעשית רבה, אלא בעיקר השפעה הצהרתית, היא אולי זו שאפשרה לו לעבור בכנסת בקלות. להסבר דומה, שלפיו העברת החוק בקלות קשורה לקושי ליישם חוקים מעין אלה כדי להגן על קבוצות מקופחות, ראו יובל יונאי "הדין בדבר נטייה חד-מינית – בין היסטוריה לסוציולוגיה" משפט וממשל ד' 531, 557 (1998).

51 בועז שנור מציע לבטל כליל את ס' 1(4), וכן את ס' 1(2) ו-1(3), משום שלטענתו סעיפים אלה רק מספקים דוגמות למקרים שנכנסים ממילא תחת הסעיף הכללי 1(1). יתר על כן, הוספת הדוגמות לחוק עלולה להפחית ממשקלן של פגיעות שאינן דומות לדוגמות הללו. גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 18, בעמ' 220-221.

52 ההתעלמות מס' 1(4) בולטת במיוחד בפסקי-הדין של המחוזי בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 34, שניתן כחודש בלבד לאחר קבלת התיקון לחוק.

53 עניין מלכה, לעיל ה"ש 30, פס' 1, 24, 31, 39, 49, 53. המקרה השני הוא עניין גולן, לעיל ה"ש 41, פס' 24.

54 דוגמה נוספת ניתן למצוא בפרשת סופר, שגם בה מילאה שאלת האמת תפקיד מרכזי: עניין סופר, לעיל ה"ש 30, פס' 14, 24-25.

55 אביב לביא "הבהרה" העיר 18.2.1994, 118 (ההדגשות הוספו). השופטת דותן בחרה לא להתחשב בהתנצלותם של הנתבעים כשיקול להקלה עימם, מכוח ס' 19(4) לחוק איסור לשון-הרע, משום שלטענתה "עיקר ההבהרה יוחדה לחוסר הפתיחות של החברה הישראלית". פסקי-הדין של השלום בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 33.

כי אין אמת בפרסום על-אודותיו.⁵⁶ מעבר לשיח המשפטי, התקיים עיסוק נרחב בזהותו המינית ה"אמיתית" של אמסלם גם בשיח העיתונאי.⁵⁷ אחד הניסוחים של שאלת הזהות המינית האמיתית היא השאלה לאיזו קבוצה התובע משתייך "באמת" – ל"קבוצה" (כביכול) ההומוסקסואלית או ל"קבוצה" (שוב כביכול) ההטרוסקסואלית. שאלת השיוך הקבוצתי זכתה בהתייחסות בפסיקה,⁵⁸ בשיח העיתונאי⁵⁹ וגם ברשימה אקדמית שפרסם דניאל פרידמן בעקבות פסק-דינה של השופטת דותן בעניין אמסלם. לדברי פרידמן:

"מתן פיצוי לאמסלם אינו פוגע בהומוסקסואלים. השתייכותו של אדם לקבוצה חברתית, לאומית, מקצועית או מינית מהווה חלק מאישיותו. ישנן נסיבות שבהן שיוכו לקבוצה שבמסגרתה הוא מסרב להיכלל תהווה עלבון. זאת, מבלי שהדבר יהווה פגיעה כלשהי בקבוצה אליה הוא מסרב להשתייך. לדוגמה, מי שמתאר אישה כבעלת חזות של גבר מזוקן מטיח בה עלבון, מבלי שהדבר פוגע בגברים בכלל ובבעלי זקן בפרט. כך גם כינויו של רב יהודי כ'נוצרי' או כ'מוסלמי' מהווה עלבון חריף ופגיעה במעמדו. מי שיפסוק לו פיצוי נאות על כך אינו מבזה לא את העולם הנוצרי ואף לא את העולם המוסלמי."⁶⁰

מעניין שמבין כל הדיוגמות ההיפותטיות שהיה יכול להביא, בחר פרידמן דווקא שתיים שבהן השיוך הקבוצתי נתפס (לאו דווקא בצדק) כשגוי: שיוך אישה לקבוצת הגברים

56 כאן אני מסתמך על תיאור העובדות בפסקי-הדין: פסק-הדין של השלום בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 33, בעמ' 4 ("מאחר ולתובע אין כל נטיות הומוסקסואליות נטען כי העובדה המשתמעת מן הכותרת הנ"ל הינה שקר גס אשר יש בו כדי להשפיל את התובע ולעשותו למטרה לבזו וללעג") (ההדגשות הוספו); פסק-הדין של המחוזי בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 34, פס' 7 ("תביעתו [של אמסלם] נשענה על כך שמכותרת הכתבה משתמע כי הינו הומוסקסואל שעה שאין לו כל נטיות מעין אלה ולכן מדובר בשקר גס שנועד לבזותו ולהשפילו") (ההדגשות הוספו).

57 אילן שיינפלד "לו הייתי אמסלם" הארץ – מוסף 23.6.1995, 8 ("השופטת קבעה שהעיתון הוציא לשון הרע על אמסלם, משום שמכותרת המאמר השתמע ייחוס הומוסקסואליות לו – למרות שנטייתו המינית אינה הומוסקסואלית") (ההדגשה הוספה); רותם, לעיל ה"ש 36 ("אמסלם לא הומו"); אביב לביא "לכיף יש גם מחיר" הארץ – ספורט 5.1.2003, 3 ("כשאוהדי מכבי שרו 'אמסלם ההומו', הם ידעו שהוא לא באמת"). ראו גם להלן ה"ש 59.

58 ראו, לדוגמה, עניין אנדרה, לעיל ה"ש 25, פס' 53-54 ("הביטוי 'אחת על אחת' שכמוהו כתיאור התובעות כלסביות... כלפי מי שאינו נמנה על קהילה מינית מסויימת, בניגוד לרצונו, מהווה פגיעה בשמו הטוב המזכה בפיצוי") (ההדגשה הוספה). קביעה דומה הופיעה בעניין גלרון הפלילי, לעיל ה"ש 8. טענות ברוח דומה הועלו גם מפי התובעים בפרשת פאר ובפרשת אדלמן: פסק-הדין הראשון בעניין פאר, לעיל ה"ש 8, פס' 6ג); עניין אדלמן, לעיל ה"ש 8, פס' 9.

59 בריאיון עיתונאי עימה אמרה אשת התובע בפרשת אמסלם כי "הבעיה היא ששייכו אותה לקבוצה שהוא לא שייך לה". אליעזר לחנה "אמסלם לא לבד. ישנה גם חגית" מעריב – סגנון 28.6.1995, 9 (ההדגשה הוספה).

60 פרידמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 132.

המזוקנים ושיוך רב יהודי לקבוצת הנוצרים או המוסלמים. מכאן עולה שכאשר פרידמן בוחן את סוגיית העלבון, ההיגיון שמנחה אותו נוגע בסוגיה אחרת – הזהות האמיתית. במובן זה, דבריו תומכים במהותנות ובהנגדה הדומיננטיות בשיח המשפטי על-אודות התינוג כהומו.

2. מיעוטנות

עד כה תואר העיסוק המשפטי האינטנסיבי בשאלת האמת של הזהות המינית, שממחיש את המחויבות לייצר הבחנה ברורה בין הומואים ולסביות כקבוצת מיעוט. כפי שהסבירה איב סדג'וויק, כפי שהוסבר, הבחנה זו מייצרת הנגדה בין הטרסקסואליות להומוסקסואליות, שהגבולות ביניהן נתפסים כחד-משמעיים, ומשעתקת את האמונה המהותנית בכך שזהות מינית היא מבנה ממשי ויציב.

לצד מהותנות והנגדה, קיימת תפיסה שלישית דומיננטית בשיח המשפטי הנחקר: מיעוטנות⁶¹ – תפיסת ההומואים והלסביות כקבוצת מיעוט. כפי שהסבירה איב סדג'וויק, נדמה שבמאה השנים האחרונות הותנתה על-פירוב סובלנות חברתית כלפי יחסי מין בין בני אותו המין בתפיסה מיעוטנית של הומוסקסואליות.⁶² כשם שהנגדה ומהותנות קשורות זו לזו, כך הן קשורות גם למיעוטנות: מיעוטנות תיתכן רק בעולם מהותני, שהרי בהעדר קבוצות "אמיתיות" אי-אפשר לחלק את החברה לקבוצות רוב ומיעוט מובחנות.⁶³ כמרכזן, ההבחנה בין רוב למיעוט היא אחת ההבחנות שההנגדה הטר/הומו מטביעה עליהן את חותמה.⁶⁴

ביטוי מפורש למיעוטנות הוא התייחסותו של השופט גרוס, בפרשת אמסלם, לנטיות הומוסקסואליות כאל "נטיות מיניות שונות מהמקובל".⁶⁵ דבריו אלה של השופט גרוס מבהירים מיהו הרוב ("המקובל") ומיהו המיעוט (השונה מ"המקובל").

61 המונח "מיעוטנות" בנוי על המילה "מיעוט" (בדומה לאופן שבו המונח "מהותנות" בנוי על המילה "מהות"). זאת, במובחן ממשמעות אחרת של מונח זה: מינימליזם, הסתפקות במועט. למשמעות שנייה זו ראו אברהם אבן-שושן המילון העברי המרוכז 398 (1981).

62 SEDGWICK, לעיל ה"ש 14, בעמ' 83.

63 דוגמה אחת לקשר זה בין מהותנות למיעוטנות היא "ציאה מהארון". אקט זה הוא בעת ובעונה אחת גם מיעוטני וגם מהותני: מיעוטני, משום שבחברתנו ההטרוצנטרית אין היגיון ב"ציאה מהארון" אלא אם כן האדם אינו משתייך לקבוצת הרוב, כלומר, אינו הטרסקסואל; ומהותני, מכיוון שאקט זה מניח שקיימות זהויות מיניות אמיתיות שניתן להצהיר עליהן. ALAN R. PETERSEN, UNMASKING THE MASCULINE: 'MEN' AND 'IDENTITY' IN A SCEPTICAL AGE 105–106 (1998).

64 SEDGWICK, לעיל ה"ש 14, בעמ' 72–73, 87–89. חותמה של ההנגדה הטר/הומו מוטבע גם על ההבחנות בין גילוי לסודיות, בין זהות לשוני, בין פנים לחוץ, בין גברי לנשי. שם; PETERSEN, לעיל ה"ש 63, בעמ' 102.

65 פסק-הדין של המחוזי בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 34, פס' 5 (ההדגשה הוספה). זו דוגמה נוספת למהותנות הלשונית שתידון בהמשך: שימוש בביטוי "נטיות מיניות שונות מהמקובל" כתחליף לביטוי המפורש "הומוסקסואליות".

אחת התוצאות של התפיסה המיעוטנית היא ששופטות ושופטים מניחים, כברירת-מחדל, שהתובע הוא הטרוסקסואל (קרי, משתייך לקבוצת "הרוב") כל עוד לא יוכח אחרת.⁶⁶ עדות להנחה זו היא דחייתה של טענת ההגנה "אמת דיברתי" כל אימת שהועלתה לפני בתי-המשפט,⁶⁷ שהרי דחיית טענה זו מצביעה על אי-נכונות מצד שופטים ושופטות לסטות מהנחת-המוצא בדבר השתייכותו של התובע ל"רוב ההטרוסקסואלי". ביטוי נוסף להנחה המיעוטנית שהתובע הוא הטרוסקסואל הם דבריו של שופט בית-המשפט לתביעות קטנות בירושלים, ארנון דראל, בפרשת מלכה – אחת משתי הפרשות היחידות שבהן "הצהיר" התובע על עצמו כהומו.⁶⁸ ואלה נסיבות הפרשה: בפברואר 2005 ביקר התובע עם חבריו בבית-הקפה "ארומה" בירושלים. לטענתו, לאחר שערך את ההזמנה ושב למקומו, קרא עובר בית-הקפה בשמו הפרטי "עמית" כדי שייקח את הזמנתו, ומייד אחר-כך הוסיף את השם "רונן" באופן שיצר את הצירוף "עמית"-"רונן", שנשמע כמו "המתרומם". בעקבות כך הגיש התובע תביעת לשון-הרע, שבה ציין כי עד לאירוע בבית-הקפה הסתיר את נטיותיו ההומוסקסואליות מידידתו (ששהתה עימו בבית-הקפה) ומהוריו. השופט דראל קבע כי ניתן אומנם לראות בביטוי "מתרומם" לשון-הרע, אך הנתבעת פעלה בתוס-לב ולכן אין לחייבה בעילת לשון-הרע.⁶⁹ את החלטתו לדחות את התביעה נימק השופט דראל, בין היתר, באומרו כי "אין... כל ראייה לכך שנטייתו המיניות של התובע היו ידועות למי מעובדי בית הקפה או לאורחים האחרים... העובד לא ידע על... הנסיבות שמהן משתמעת לשון הרע או התייחסותה לתובע בעת שנאמרו הדברים".⁷⁰ עוד הוסיף דראל: "לא ניתן לראות בפגיעה שבאה לידי ביטוי בהשמעת הביטוי 'מתרומם' כלפי אדם, שבאותו שלב אף אחד אינו בהכרח ער לכך שהוא בעל נטיות הומוסקסואליות, באופן חד פעמי בבית הקפה, אשר נוכחים בו מספר מצומצם של סועדים שאין להם מושג לגבי נטיותיו המיניות, כיוצאת פגיעה ממשית ברגשותיו".⁷¹

לפי השופט דראל, סביר להניח שכל אדם הוא הטרוסקסואל. מוצדק לחרוג מהנחה מיעוטנית זו אך ורק אם אותו אדם "יצהיר" על עצמו כהומו. אכן, הידע שיש לשופט דראל, לתפיסתו, על-אודות נטיותיו ההומוסקסואליות של התובע מבוסס על "הצהרה" כזו, כפי שנכתב בפסק-הדין: "התובע... הינו, לדבריו, הומוסקסואל".⁷² התפיסה שהשופט דראל

66 על-אודות ההטרוסקסואליות הכפויה שבאה לידי ביטוי בהנחה מיעוטנית זו ראו ריץ', לעיל ה"ש 16, בעמ' 87. על-אודות הדומיננטיות של הנחה מיעוטנית זו בסדר ההטרונורמטיבי ראו: Celia Kitzinger & Sue Wilkinson, *Theorizing Heterosexuality*, in *Heterosexuality: A Feminism and Psychology Reader* 1, 3 (Sue Wilkinson & Celia Kitzinger eds., 1993); Nikki Sullivan, *A Critical Introduction to Queer Theory* 119 (2003).

67 לניתוח תופעה זו ראו לעיל ה"ש 25-35 והטקסט שמעליהן.
68 השנייה היא ת"א (שלום י"ם) 6023/07 אפריאט נ' הוצאה לאור "ידיעות" בע"מ, פס' 48 (לא פורסם, 5.10.2008) www.nevo.co.il/Psika_word/shalom/s07006023-211.doc (להלן: עניין אפריאט). לדיון בפרשת אפריאט ראו להלן ה"ש 194-201 והטקסט שמעליהן.

69 עניין מלכה, לעיל ה"ש 30, פס' 39, 40, 46, 55, 57, 64.
70 שם, פס' 22, 41-42 (ההדגשה הוספה).
71 שם, פס' 52-53 (ההדגשות הוספו).
72 שם, פס' 1 (ההדגשה הוספה).

מייצג, שלפיה כל אדם הוא הטרסקסואל אלא אם כן הוכחה הומוסקסואליותו, משעתקת את סימון ההומוסקסואליות כסוד שגילוי מחייב "הצהרה" מפורשת. במשמע, תפיסה זו תומכת גם בהנגדה בין זהויות מיניות, שהרי ההנחה היא שהגבולות בין הטרסקסואליות להומוסקסואליות נותרים איתנים וברורים, למעט רגעים מובחנים-ככיכול שבהם ההומוסקסואליות "מוצהרת" מפורשות. כלומר, יציבותה של המיניות נתפסת ככלל, ואילו ערעורה של יציבות זו נתפס כחריג מקומי ונקודתי. במובן זה, התפיסה שהשופט דראל מייצג מפחיתה לכאורה את החרדה מפני התמוססותה של ההטרסקסואליות.⁷³

3. שאלת האמת וחרדה מפני התמוססות ההטרסקסואליות

במקביל לתחזוקם של גבולות ברורים בין הומוסקסואליות להטרסקסואליות, שיח האמת מייצר ללא הרף סימני שאלה לגבי יציבותם של גבולות אלה. הדבר תומך בטענה של איב סדג'וויק שדווקא התעקשותם של הטרסקסואלים לייצר מחסומים מושגיים בין "המיעוט ההומוסקסואלי" לבין "הרוב ההטרסקסואלי" היא שחותרת באופן החזק ביותר תחת האמונה ש"הומוסקסואל" היא אכן קטגוריה מובחנת של בני-אדם.⁷⁴

בהקשר המשפטי שאנו בוחנים, התמוססותן של זהויות מיניות באה לידי ביטוי, כזכור, בנטייתו של "האדם הסביר" להטיל ספק בהטרסקסואליות של התובע/ת. ספקות נוספים לגבי יציבותה של ההטרסקסואליות מופיעים לאורך הפרשות שבמרכז דיונו. דוגמה אחת לכך היא פסק-הדין בעניין אמסלם, שבו ציינה השופטת דותן לגבי הכותרת "אמסלם לא לבר", כי "אין כל אפשרות לדעת מי... הבין שמדובר במהתלה ומי ראה בכך אישור רשמי לנטייתו המינית של התובע".⁷⁵ גם בשיח העיתונאי על פרשת אמסלם עלתה השאלה אם הציבור עשוי לפקפק בהטרסקסואליות של התובע. במסגרת ריאיון עיתונאי עימה, כאשר נשאלה אשת התובע אם חששה שמישהו יחשוב שבן-זוגה אכן הומו, היא השיבה: "אני לא יכולה להגיד שבכלל לא היו לי חששות כאלה. כשקראתי את הכתבה ההיא, חשבתי שמי שלא מכיר את שמי שלא מכיר את שמעון [התובע - ה' ו'] יחשוב שכן".⁷⁶

פסק-דין אחר, שדן בתביעת לשון-הרע בגין תיוג התובעת כלסבית, ממחיש גם הוא את הספקות באשר לנטייתיה המיניות של התובעת. בפסק-דינה צוטטה התובעת כאומרת ש"חברים ומכרים ובני משפחה החלו להעלות תהיות בדבר נטייתיה המינית... ואף סבתה טרחה להתקשר אליה בעצמה ודרשה לדעת את האמת בדבר זהותה המינית, שהוטלה לפתע בספק רק בגין הפרסום... אביה של התובעת... חזר אף הוא על הטענות ולפיהן פנו

73 לדיון ביקורתי נוסף על-אודות ההנחה שאדם הוא הטרסקסואל כל עוד לא "הצהיר" אחרת, ראו Karst, לעיל ה"ש 13, בעמ' 354-355.

74 SEDGWICK, לעיל ה"ש 14, בעמ' 83-84.

75 פסק-הדין של השלום בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 33, בעמ' 7 (ההדגשות הוספו).

76 לחנה, לעיל ה"ש 59, בעמ' 9 (ההדגשות הוספו). מעבר לכך, בריאיון תוארה ההומוסקסואליות כתיוג שהפרכתו כרוכה במאמץ: "אמסלם, לטענתנו, אינו הומוסקסואל... כדי להוכיח שאין לו אחות, היתה צריכה להעיד גם אשתו, חגית". שם, בעמ' 8 (ההדגשות הוספו).

אליו בעקבות פרסום התמונה, חברים רבים, מכרים ובני משפחה והחלו להעלות דברי פרשנות ורכילות בהתייחס לנטיית המניות של בתו".⁷⁷

דוגמה נוספת לספקות לגבי הזהות המינית ניתן למצוא בפרשת חזון – המוקדמת מבין תביעות לשון-הרע הנידונות במאמר. באותו מקרה נטען בכתב התביעה כי הנתבע, עמיתו לעבודה של התובע, אמר לשלושה עובדים אחרים כי התובע הומו. בעדותו לפני בית-המשפט ניסה התובע להבהיר כי הוא אינו הומו, על-ידי שתיאר את עצמו כגבר נשוי, אב לשתי בנות, הנהנה מ"חיים משפחתיים מצוינים".⁷⁸ אך השופט שלי טימן מבית-משפט השלום בפתח-תקוה, שדן בעניין חזון, הגיב בספקנות על נסיונו של התובע להוכיח כי הוא אינו הומו, וקבע: "היו נסיונות, מצידו של התובע ואישתו, להעיד על מערכת יחסים נורמלית ותקינה ביניהם, והודגש על ידם שהם נשואים 13 שנים ולהם שתי בנות. אך אין צורך לומר שנישואים לבדם – אינם יכולים ללמד מאומה על נטיות המיניות של אדם... למען האמת גם לא מצאתי בדברי התובע ואישתו השתפכות, או תיאורים חמים יתר על המידה, בנוגע ליחסים שביניהם".⁷⁹ בסיכומו של דבר, בשנת 1994, קבע טימן כי תיגו התובע כהומו עולה כדי לשון-הרע, אך דחה את התביעה בשל העדר קשר סיבתי בין ההתבטאויות לבין הנזקים שנגרמו לכאורה לתובע.⁸⁰ בא-כוחו של התובע הבחין כנראה בספק שהשתמע מדברי טימן ביחס לזהותו המינית של התובע, ולכן טען בכתב הערעור, שהוגש לבית-המשפט המחוזי בתל-אביב, כי "טעה כבוד ביהמ"ש שזקף לחובת המערער כי לא הוכיח שהוא לא הומוסקסואל".⁸¹ הערעור התקבל על-ידי השופטים גרוס, בן-שלמה ושל, שקבעו כי בדיני לשון-הרע התובע אינו נדרש כלל להוכיח קיום נזק בפועל, אלא די בכך שהוכיח כי הדברים שנאמרו הינם לשון-הרע.⁸²

- 77 פסק-הדין השני בעניין פאר, לעיל ה"ש 8, פס' 8, 12 (ההדגשות הוספו).
- 78 פרוטוקול דיון בת"א (שלום פ"ת) 67/91 חזון נ' שמחי, 31 (לא פורסם, 16.6.1992) (להלן: פרוטוקול בעניין חזון). עיסוק זה בשאלת אמיתות הפרסום היה לחלוטין ביוזמת התובע, ולא כתגובה על אמירות מפי הנתבע: בכתב ההגנה לא נטענה כלל טענת "אמת דיברתי", ובאותו שלב טרם נשמעה עדות הנתבע. הדבר דומה במידה מסוימת לעיסוקו של התובע בפרשת אמסלם בשאלת אמיתות הפרסום עוד בטרם נטענה טענת "אמת דיברתי" על-ידי הנתבעים. ראו לעיל הטקסט שמעל ה"ש 56.
- 79 ת"א (שלום פ"ת) 67/91 חזון נ' שמחי, פס' 5 (לא פורסם, 31.1.1994) (להלן: פסק-הדין של השלום בעניין חזון). השופט טימן העלה את סוגיית אמיתות הפרסום אף שהצהיר מפורשות בפסק-דינו שאין מקום לדון בסוגיה זו, והדבר מעיד שוב על הצורך הרב לעסוק בשאלת הזהות המינית ה"אמיתית". באופן דומה, בפרשת בנבנישתי ציינה השופטת תמר אברהמי כי "לא הועלתה כלל טענת 'אמת דיברתי'", ובכל-זאת מצאה לנכון להבהיר כי טענה זו "בוודאי לא הוכחה". עניין בנבנישתי, לעיל ה"ש 8, פס' 48.
- 80 פסק-הדין של השלום בעניין חזון, שם, פס' 4, 16.
- 81 כתב ערעור בע"א (מחוזי ת"א) 420/94 חזון נ' שמחי, פס' 5 (ב) (לא פורסם, 16.3.1994) (ההדגשה הוספה).
- 82 ע"א (מחוזי ת"א) 420/94 חזון נ' שמחי (לא פורסם, 22.10.1995). לתובע נפסקו פיצויים בסך 10,000 ש"ח. מול הדומיננטיות של פסק-הדין בעניין אמסלם בתודעה המשפטית (שנידונה מוקדם יותר), בולט העדרה המוחלט משיח זה של הפסיקה המוקדמת יותר בעניין חזון. אפילו

באותה פרשה התייחס התובע בעדותו לשיחה שקיים עם אחד מעמיתיו לעבודה על-אודות השמועות על נטיותיו המיניות, ואמר: "קיוויתי שהצלחתי לשכנע אותו שאני לא כזה."⁸³ גם התבטאות זו מצביעה על הספקות המנקרים ביחס לזהותו המינית של התובע, שכן היא חושפת צורך לשכנע שהתובע אינו "באמת" כזה, כמרגם תקווה בלבד (להבדיל מידעה ודאית) שמאמץ השכנוע הצליח.

אִי-היכולת להבנות את ההטרסקסואליות באופן מושלם עולה בקנה אחד עם טענתה של סדג'וויק שלפיה התפיסה הדומיננטית בתרבות המערב ביחס להומוסקסואליות מאורגנת סביב חוסר קוהרנטיות רדיקלי שאינו ניתן לצמצום: מחד גיסא, תפיסה זו כוללת השקפה מיעוטנית שלפיה קיים ציבור מובחן של הומואים; ומאידך גיסא, תפיסה זו מתייחסת לתשוקה מינית ככוח עצום ובלתי-צפוי שביכולתו להמס זוויות מיניות יציבות, ולכן מי שנחזה כהטרסקסואל מסומן למעשה בהשפעות ובתשוקות הומוסקסואליות (וההפך לגבי מי שנחזה כהומוסקסואל).⁸⁴ ההסתכלות על תשוקה מינית כחותרת תחת יציבותן של זהויות מיניות מעוררת חשש חברתי מפני אִי-היכולת להבחין בין הומואים ולסביות לבין מי שאינם כאלה.⁸⁵ לפיכך מתעורר גם חשש מהיטמעות מוחלטת של הומואים ושל לסביות בתוך החברה ההטרוצנטרית,⁸⁶ עד כדי כך שלא יהיה אפשר לדעת מתי תיגו של אדם כהומו/כלסבית הוא "אמת" ומתי הוא "שקר".

אם כן, שיח האמת המשפטי נוטה לשעתק מהותנות, הנגדה ומיעוטנות ביחס לזהויות מיניות, אך הוא גם משקף ואף מייצר ספקות לגבי אמיתותן של הזהויות המיניות וחששות מפני אִי-יציבותן של ההבחנות בין הזהויות הללו.⁸⁷ ספקות וחששות אלה אינם היפוכו

בפרשת אמסלם עצמה לא אוזכר עניין חזון, אף ששניים משלושת השופטים שדנו בערעור בעניין אמסלם ישבו שנה וחצי לפני כן בהרכב שהכריע בעניין חזון. ייתכן שהם התעלמו מפסק-הדין שהם עצמם כתבו בפרשת חזון מכיוון שרצו להשכיח את פסקתו של השופט טימן (הדין בעניין חזון בערכאה הראשונה), שאותה הגדירו בשעתם כשגיהא משפטית. ראו שם. את הבולטות של פרשת אמסלם (לעומת העדרה של פרשת חזון) בשיח המשפטי ניתן לייחס גם לעיסוק הציבורי הרב בפרשת אמסלם בשעתה, עקב היות התובע ספורטאי ידוע, ועקב העובדה שהפרסום על-אודותיו נעשה בעיתון, ולא בשיחה פרטית.

83 פרוטוקול בעניין חזון, לעיל ה"ש 78, בעמ' 37 (ההדגשה הוספה).

84 SEDGWICK, לעיל ה"ש 14, בעמ' 85. ראו גם: DIDIER ERIBON, INSULT AND THE MAKING OF THE GAY SELF 118–123 (2004). על כך יש להוסיף את התפיסות הסותרות הקיימות לעיתים ביחס להומוסקסואליות, שלפיהן הומואים הם מצד אחד נשויים ומצד אחר היפר-גבריים. SEDGWICK, לעיל ה"ש 14, בעמ' 87–88, 251. לשם הדיוק יצוין כי סדג'וויק כרכה את המיעוטנות, את המהותנות ואת ההנגדה בכריכה אחת. לעומתה, הקפדתי על ההבחנה בין השלוש, כדי להבהיר כי אין מדובר בתופעה אחת, אלא בשלוש תופעות שונות, אף אם שלושן תומכות זו בזו וקשורות זו לזו בקשר גורדי.

85 על אִי-יכולת זו ראו MACDOUGALL, לעיל ה"ש 6, בעמ' 161.

86 לדיון היסטורי בחשש זה ראו MOSSE, לעיל ה"ש 15, בעמ' 70–71.

87 לניתוח האופן שבו רטוריקה שיפוטית חותרת תחת אידיאל ההטרסקסואליות בהקשר אחר ראו: JANET HALLEY, *The Construction of Heterosexuality, in FEAR OF A QUEER PLANET*: QUEER POLITICS AND SOCIAL THEORY 82, 96–97 (Michael Warner ed., 1993).

של הניסיון לייצב את ההטרסקסואליות, אלא הגורם המניע מאחורי ניסיון זה וגם התוצא (אפקט) שלו: הם הגורם המניע משום שככל שהחששות גדלים כן הצורך ביציבות גל; והם התוצא משום שככל שהצורך לחדר את הגבולות בין הטרסקסואליות לבין הומוסקסואליות מתעצם, הדבר מעיד על החשש הגובר מפני התמוססותן של הזהויות המיניות (אשר נתפסת בתורה כאיום על יציבותו של הסדר ההטרונורמטיבי⁸⁸). אפשר שכפילות זו היא הסיבה לכך שהמערך השיחני של מהותנות-הנגדה-מיעוטנות אינו יכול לא לקרוס ולהתערער שוב ושוב. נראה שהשופטות והשופטים אינם נותנים את דעתם לשבריריות זו של הטרסקסואליות ולגורמים לה. הם נמנעים מלהשיר מבט לכך שההבחנה הטר/הומו חותרת תחת עצמה ומייצרת סימני שאלה ביחס לעצמה. בכך הם נמנעים מלהכיר בהומוסקסואליות אשר אינהרנטית לא רק לתובעת, אלא אף להם עצמם.

4. שיח האמת ופוליטיקת הזהויות המיניות

תיוג אדם כהומו (כאשר הוא אינו מזדהה מלכתחילה ככזה) מאיים על יציבותה של ההבחנה הטר/הומו יותר מכפי שמאיימים עליה רבים מהמאבקים המשפטיים הליברליים נגד הפליית הומואים ולסביות.⁸⁹ זאת, משום שמאבקים אלה נשענים לעיתים קרובות על אותן מהותנות והנגדה שמאפיינות את השיח המשפטי: הם כרוכים בסימון הומואים ולסביות כקבוצה ממשית, "אמיתית", מוגדרת ומובחנת (הנחה מהותנית),⁹⁰ אשר סובלת הפליה בשל שונותה מהקבוצה ההטרסקסואלית (תפיסה מנגידה).

88 Karst, לעיל ה"ש 13, בעמ' 264-265, 290-291. בשיח המשפטי הנבחן, החשש מפני התמוססותו של הסדר ההטרונורמטיבי בא לידי ביטוי גם בסימון ההומוסקסואליות כסכנה המשחרת לפתחם של מוסדות חברתיים הטרונורמטיביים. כך, לדוגמה, סומנה ההומוסקסואליות כאיום על המשפחה ההטרסקסואלית בעניין פלוני, לעיל ה"ש 27, פס' 6(g); כאיום על תום הילדות בעניין אנדה, לעיל ה"ש 25, פס' 45; וכאיום על בטחון המדינה והאומה בעניין סופר, לעיל ה"ש 30, פס' 25, ובעניין מלכה, לעיל ה"ש 30, פס' 60.

89 יתר על כן, העלבון שבתיג כהומו או כלסבית חמור יותר מאשר עלבונות רבים אחרים, בין היתר משום שתיג זה נתפס כקשה להפרכה. לצורך השוואה, תיוג המתייחס ללאומי, לדתו או למגדרו של הנמען נתפס ככזה שקל יותר להוכיח כי אין אמת מאחוריו. זאת, משום שמאפיינים כגון מגדר, דת ולאום נתפסים כמידע גלוי שלרוב קל יחסית לבררו. בין היתר, מאפיינים אלה רשומים במרשם האוכלוסין. ראו חוק מרשם האוכלוסין, התשכ"ה-1965, ס' 2(א). כשלעצמי, איני שותף לאמונה כי בהכרח קשה יותר לברר זהות מינית "אמיתית" מאשר לברר מגדר, דת או לאום "אמיתיים". לדוגמה, להסבר שגם דת וגזע ניתנים להסתרה ראו: Tseming Yang, *Choice and Fraud in Racial Identification*, 11 MICH. J. RACE & L. 367, 372 (2006).

90 נקודת המוצא של קריאות ליברליות של פסקי-דין העוסקים בהומואים ובלסביות תהיה שיש בעולם הומואים ולסביות, והשאלה תהיה מהו יחסו של המשפט אליהם. אייל גרוס "דנילוביץ, שטיינר והתיאוריה הקווירית" משפט נוסף 1, 47, 50 (2001).

פוליטיקת זהויות הומו/לסבית ליברלית כזו, שנשענת על מהותנות והנגדה, צופנת בחובה יתרונות של ממש בעבור מי שמזהים ומזדהים כהומואים או כלסביות,⁹¹ אך טמונת בה גם כמה מגבלות לא-מבוטלות. מגבלה אחת היא הפיכת המושגים "הומוסקסואליות" ו"לסביות" לקטגוריות מהותניות, אשר תקפות רק לגבי לסביות והומואים "אמיתיים". התוצאה היא שזהויות אלה משמשות להדרתם של מי שחורגים מהתבניות ההומוסקסואליות המוכרות⁹² וכן של מי שאינם מעוניינים להגדיר את עצמם כלל באמצעות התוויות "הומו"/"סטרייט".⁹³

מגבלה נוספת של פוליטיקת הזהויות הליברלית היא שזהות מינית אשר נתפסת כ"אמיתית" פועלת כמלכודת: אקטים מיניים מתורגמים אוטומטית, באורח מהותני, לזהות מינית קבועה וחד-משמעית.⁹⁴ דוגמה לכך היא פרשת סופר, שם הגיש תושב קרית-גת תביעת לשון-הרע נגד שני מכריו, אשר לטענתו הפיצו שמועה שהוא קיים יחסי מין עם שלושה "כושים" (כהגדרתם). בשנת 2001 קיבל את התביעה שופט בית-משפט השלום בבאר-שבע דב מגד.⁹⁵ אף שהנתבעים ייחסו לתובע אקט הומוסקסואלי (קיום יחסי מין עם שלושה גברים, כאמור), תרגם השופט מגד באופן מהותני את האקט המיני לזהות הומוסקסואלית, כאשר קבע כי "השאלה המתבקשת הינה... האם יש לראות לשון הרע בפרסום שאדם הינו הומוסקסואל".⁹⁶

לנוכח המהותנות וההנגדה שמאפיינות את פוליטיקת הזהויות הליברלית, ניתן להבין מדוע דווקא בתביעות לשון-הרע, יותר מאשר בהקשרים משפטיים אחרים, הומוסקסואליות נתפסת כסכנה. המשפט ופוליטיקת הזהויות המיניות מאפשרים תמורות במעמדם החברתי של הומואים ושל לסביות, בתנאי שתמורות אלה אינן מציבות בסימן שאלה את האמונה בקיומן של זהויות מיניות "אמיתיות", ואינן מזעזעות את ההנגדה הברורה בין הומוסקסואליות להטרסקסואליות.⁹⁷ מכיוון שייחוס "שגוי" של נטיות מיניות לאדם מפר

91 על יתרונות אלה ראו ג'ודית באטלר קוויר באופן ביקורתי 27-28 (מהדורה שנייה, 2007); יובל יונאי ודורי ספיבק "בין שתיקה לגינוי: הבניית הזהות של ההומואים בשיח המשפטי בישראל 1948-1988" סוציולוגיה ישראלית א(2) 257, 258-257 (1999); Karst, לעיל ה"ש 13, בעמ' 320; MacDougall, לעיל ה"ש 6, בעמ' 43; Sedgwick, לעיל ה"ש 14, בעמ' 83; Carol Johnson, *Heteronormative Citizenship and the Politics of Passing*, 5 SEXUALITIES 317, 326-331 (2002).

92 על בעיה זו ועל התמודדות אפשרית עימה ראו באטלר, שם, בעמ' 27-34.

93 Karst, לעיל ה"ש 13, בעמ' 366. פתרון אפשרי אחד לבעיה זו הוא לאפשר ליחידים להזדהות עם מאבק "הקהילה ההומו-לסבית" מבלי שייאלצו להגדיר את עצמם כמשתייכים לקטגוריה מסוימת של זהות מינית. שם, בעמ' 320.

94 על זיהוי משפטי אוטומטי של אקטים הומוסקסואליים עם זהות הומוסקסואלית ראו, לדוגמה: LESLIE J. MORAN, *THE HOMOSEXUAL(ITY) OF LAW* 106 (1996).

95 עניין סופר, לעיל ה"ש 30. לתובע נפסקו פיצויים בגובה 10,000 ש"ח ללא הוכחת נזק.

96 שם, פס' 14 (ההדגשות הוספו). להבדיל, השימוש שלי במונחים המציינים זהות מינית נועד להתייחס למה שנתפס כקבוצות מוגדרות ומובחנות במסגרת פוליטיקת המיניות המהותנית, ולא לזהויות מיניות "אמיתיות".

97 ראו גם גרוס, לעיל ה"ש 90, בעמ' 51.

את הדרישות הללו, הוא גורר גינויים משפטיים חריפים ועקביים. כלומר, "מותר" להומו וללסבית להיות שווים בזכויותיהם להטרסקסואלים, כל עוד יוותרו נפרדים ומובחנים מההטרסקסואלים. שווים – אבל שונים.⁹⁸

אם כן, תגובתו של המשפט על ההומוסקסואליות, כפי שהיא נלמדת מהפרשות שאנו בוחנים, מצביעה על חשש לאו דווקא (או לא רק) מהנראות הגוברת⁹⁹ ומריבוי הזכויות של הומואים ושל לסביות, אלא מאובדן המונופולין השיחני על מיניות, שבעקבותיו כל אדם עשוי להיות מתויג כהומו. בתגובה על חשש זה בתי-המשפט עוטים את אצטלת ארונ'י האמת, שבסמכותם לקבוע מהי הזהות המינית ה"אמיתית",¹⁰⁰ וכך נחזים כמי שיש לאל דם לייצב את ההבדלה בין הומו להטרו.

נסיונות להדגיש את השוני וההבחנה בין הומואים ולסביות לבין הטרסקסואלים מתרחשים גם בהקשרים משפטיים אחרים. לדוגמה, בפסקי-דין של בית-המשפט העליון שנתפסו בשיח הציבורי והמשפטי כהישגים ללסביות ולהומואים נטען כי לסביות והומואים הם מיעוט חריג,¹⁰¹ וכי הישגיהם המשפטיים אינם גוררים הכרה בצורות חיים שחורגות מהדגם ההטרונורמטיבי.¹⁰² עמדות אלה חושפות את מגבלותיו של השינוי שחל במעמדם המשפטי של הומואים ולסביות בישראל בעשרים השנה האחרונות, כמו-גם את המחירים שיש לשלם תמורת שינוי זה:¹⁰³ לצד ההכרה המשפטית בזכויותיהם של הומואים ולסביות, השיח המשפטי משמש אתר לביצור הגבולות בין ההטרסקסואליות להומוסקסואליות, תוך שהוא מציג את הראשונה כנורמה ואת השנייה כחריג. הייצוג המשפטי ה"מתוקן" של ההומוסקסואליות מתפקד כסוג של אמת, ובכך משעתק את יחסי הכפיפות והשליטה ההטרונורמטיים.

- 98 כפי שהוסבר, המשפט אינו מצליח לייצב את השוני הזה לגמרי.
- 99 יש הטוענים כי תפיסת ההומוסקסואליות כאיום בשיח המשפטי מצביעה על עוינות ושמרנות הומופוביות, שנובעות מנראות ציבורית גוברת של לסביות ושל הומואים. לטענה זו ראו אלון הראל "עלייתה ונפילתה של המהפכה ההומוסקסואלית" המשפט ז' 195, 214-216 (2002) Eric K.M. Yatar, *Defamation, Privacy, and the Changing Social Status of Homosexuality: Re-Thinking Supreme Court Gay Rights Jurisprudence*, 12 L. & Sexuality Rev. 119, 153 (2003). מאידך גיסא, הקשר בין נראות של הומואים ולסביות לבין עוינות הומופובית מורכב יותר, כנראה. ראו: GAIL MASON, *THE SPECTACLE OF VIOLENCE: HOMOPHOBIA, GENDER AND KNOWLEDGE* 83-84 (2002).
- 100 כפי שיוסבר בפרק ג, בתי-המשפט עוטים גם את אצטלת ארונ'י הדרת-הכבוד, שמוסמכים להכריע באיזו מידה הזהות המינית ה"אמיתית" ראויה להדרת-כבוד.
- 101 לניתוח פסיקה זו ראו אלון הראל "בתי-המשפט והומוסקסואליות – כבוד או סובלנות?" משפט וממשל ד' 785, 791-788 (1998).
- 102 ע"א 10280/01 ירוס-חקק נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד נט(5) 64, פס' 30 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2005); בג"ץ 3045/05 בן-ארי נ' מנהל מינהל האוכלוסין במשרד הפנים, תק-על 2006(4) 1725, פס' 23 לפסק-דינו של הנשיא ברק (2006). לניתוח פסק-הדין בעניין ירוס-חקק ראו צבי טריגר "משפחות חורגות ו'רישיון הורות'" המשפט 22, 44 (2006).
- 103 על מגבלותיו של שינוי זה ראו גם הראל, לעיל ה"ש 99, בעמ' 195-197.

המחויבות המשפטית להגן על ההבחנה בין הטרו להומו, וקריאת-התיגר על הבחנה זו מצד התיוג כהומו, יש בהן כדי להסביר מדוע דווקא בהקשר המשפטי שאנו בוחנים הכתירו שופטים את המאבק לקידום מעמדם החברתי של הומואים ושל לסביות כפגיעה בזכויות ובאינטרסים של תובעים הטרסקסואלים.¹⁰⁴ השופט דותן מבית-המשפט השלום בתל-אביב הכריזה, בפרשת אמסלם, כי "התובע... אינו הומוסקסואל ואינו רואה עצמו כנושא הנס של קהיליית ההומוסקסואלים בישראל... ואין כל הצדקה לגרור אותו בעל כרחו למאבק שאין הוא רוצה לקחת בו חלק".¹⁰⁵ דברים ברוח דומה כתב השופט גרוס באותה פרשה, בפסק-הדין של ערכאת הערעור: "הדגל שבו מנופפים המערערים... הינו דגל הקידמה והליברליות... על המערערים להבין היטב כי מאבק כלשהו לסובלנות, לפתיחות, לשינוי ערכים, אינו יכול להתנהל על גבו של המשיב".¹⁰⁶ פסיקה מאוחרת ציטטה פעמים מספר את הגינויים הללו מתוך פרשת אמסלם,¹⁰⁷ והדבר ממחיש את טענתה של גייל מייסון כי הומופוביה (במקרה זה – הומופוביה משפטית) באה לעיתים קרובות כתגובה לא על הומוסקסואליות כשלעצמה, אלא על ייצוגים חסרי בושה של הומוסקסואליות,¹⁰⁸ ובמקרה זה – ייצוגים שחותרים תחת ההבחנה הטרו/הומו.

ג. הדרת-כבוד ובושה

כשם שההנגדה הומו/הטרו מתרחשת באמצעות העיסוק בשאלת הזהות המינית ה"אמיתית", כך היא מתרחשת גם באמצעות עיסוק אינטנסיבי בבושה, בעלבון ובהשפלה. העיסוק בסוגיות אלה הוא חלק משיח הדרת-הכבוד (המקבילה העברית שמציעה אורית קמיר ל-honor), אשר ממלא, לצד שיח האמת, תפקיד מרכזי בפרשות שאנו בוחנים. להבריל מהמונח הכוללני "כבוד", שמסתיר בתוכו טווח נרחב של משמעויות שונות, המונח "הדרת-כבוד" נועד לציין סוג מסוים של כבוד שהתפתח כערך מרכזי בחברה הישראלית: זכותו של הפרט לגאווה, לחשיבות עצמית ולמיצב (סטטוס) חברתי נכבד, אשר נחשבים לרכושו היקר ביותר. ככל שהצלחתו של היחיד לעמוד בנורמות החברתיות הדומיננטיות גדולה יותר כן הוא זוכה בהדרת-כבוד רבה יותר, ואילו אי-עמידתו בנורמות

104 בהקשר זה בא לידי ביטוי אחד ההבדלים בין תביעות לשון-הרע לבין הליכים משפטיים אחרים הנוגעים בהומוסקסואליות: בתביעות לשון-הרע לסביות והומואים אינם צד להליך, לא כ"קהילה" ולא כיחידים (אלא אם כן התובע מזדהה כהומו), ונוסף על כך אין בדיני לשון-הרע זכות מוכרת שתשמש בסיס משפטי לקידום מעמדם של הומואים ולסביות. מכיוון שכך, הפסיקה בהליכי לשון-הרע מתעלמת מההשלכות שעשויות להיות לה על אינטרסים של הומואים ושל לסביות. ראו גם להלן ה"ש 121.

105 פסק-הדין של השלום בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 33, בעמ' 11.

106 פסק-הדין של המחוזי בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 34, פס' 5.

107 עניין פלוגי, לעיל ה"ש 27, פס' 7(ג); פסק-הדין הראשון בעניין פאר, לעיל ה"ש 8, פס' 11(ב) (7); עניין אנדה, לעיל ה"ש 25, פס' 54.

108 Mason, לעיל ה"ש 99, בעמ' 89.

אלה גוררת בושה, השפלה ולעיתים אף סיכון. הדרת-הכבוד, מצד אחד, והבושה וההשפלה, מהצד האחר, משמשות בצורה זו להבניית המדרג החברתי.¹⁰⁹ ההנגדה בין הומוסקסואליות להטרוסקסואליות במסגרת שיח הדרת-הכבוד, שתידון מייד, היא הנגדה ערכית ומטריאלית כאחד: ערכית, משום שהומוסקסואליות מסומנת כביזוי; ומטריאלית, מפני שתיוג כהומו או כלסבית מתואר כפגיעה במיצב החברתי וכהסבת נזק חומרי.¹¹⁰ מכאן שההבחנה המשפטית בין הטרוסקסואל להומו אינה רק מושגית, אלא גם נורמטיבית: המנטליות של הדרת-הכבוד משעתקת את ההבחנה המדרגית בין קבוצות חברתיות על בסיס זהויותיהן המיניות, תוך הצבת ההטרוסקסואליות כנורמה החברתית. הדרת-הכבוד היא הערך המרכזי המוגן על-ידי דיני לשון-הרע.¹¹¹ דינים אלה מגינים מפני בושה והשפלה, קרי, מגינים על האופן שבו הכבוד נתפס על-ידי הבריות ושלפיו נקבעת מידת הערכותו של הציבור כלפי האדם.¹¹² באופן זה, שני מנגנוני משמוע אלה – המשפט והמנטליות של הדרת-הכבוד – מגבים זה את זה. קיימות ראיות מספר למרכזיותה של הדרת-הכבוד בדיני לשון-הרע: ראשית, המונח "לשון-הרע" מוגדר בחוק כ"דבר שפרסומו עלול... להשפיל אדם בעיני הבריות או לעשותו מטרף לשנאה, לבזו או ללעג מצדם",¹¹³ ומכאן שהפגיעה בשמו הטוב של היחיד¹¹⁴ מתייחסת לאו דווקא לפגיעה

109 אורית קמיר שאלה של כבוד: ישראליות וכבוד האדם 19, 26-27, 94 (2004). לדיון במשמעויות של המושג "הדרת-כבוד" ראו גם: FRANK HENDERSON STEWART, HONOR 9-47 (1994).

110 להתייחסויות של בתי-המשפט להתבטאות המייחסת נטיות הומוסקסואליות כאל פגיעה פוטנציאלית בפרנסת התובע, ראו פסק-הדין של השלום בעניין חזון, לעיל ה"ש 79, פס' 6; פסק-הדין של השלום בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 33, בעמ' 10; פסק-הדין של המחוזי בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 34, פס' 7; עניין פלוני, לעיל ה"ש 27, פס' 10(ה). בארבע פרשות הועלתה הטענה על-ידי התובעים: ת"א (שלום ת"א) 36839/03 בן-דורי נ' קורצברג, תק-של 2003 (3) 5168 (להלן: עניין בן-דורי); עניין סופר, לעיל ה"ש 30, פס' 2; עניין מלכה, לעיל ה"ש 30, פס' 60; עניין אדלמן, לעיל ה"ש 8, פס' 13-17 (שבו האקט שזוהה כפגיעה בפרנסה היה תיוג התובעים כ"קוקסינלים").

111 השוו צבי טריגר "הזמנה לדו-קרב (משפטי)" הארץ – ספרים 7.6.2006, 119. גם בהקשרים אחרים שבהם מערכת המשפט מציגה את עצמה כרוחה את המנטליות של הדרת-הכבוד, היא תומכת לעיתים בפרקטיקות פוגעניות שנשענות על מנטליות זו. ראו, לדוגמה, מנאר חסן "הפוליטיקה של הכבוד: הפטריארכיה, המדינה ורצח נשים בשם כבוד המשפחה" מין מיגדר פוליטיקה 267, 291-292, 296, 304 (דפנה יורעאלי ואח' עורכות, 1999).

112 גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 18, בעמ' 187; קמיר, לעיל ה"ש 109, בעמ' 29-31; Van Vechten Veeder, *The History and Theory of the Law of Defamation — II*, 4 COLUM. L. REV. 33, 33 (1904).

113 ס' 1 לחוק איסור לשון-הרע (ההדגשות הוספו). לצורך הדיון הנוכחי אותיר בצד את ההתייחסות בחוק ללשון-הרע כפגיעה בפרנסה.

114 בהקשרים חברתיים רבים, "שם טוב" או "מוניטין" משמשים מושגים נרדפים ל"הדרת-כבוד". ראו STEWART, לעיל ה"ש 109, בעמ' 11-12, 15-16.

בהערכתו העצמית, אלא לפגיעה בהערכת החברה אליו.¹¹⁵ ראייה שנייה לכך היא שלפי החוק, אם לא נחשפו לפרסום אחרים זולת המפרסם והנפגע, אזי הפרסום לא ייחשב עוולה/ עברה.¹¹⁶ ראייה שלישית היא שהחוק מאפשר לתובעים לזכות בפיצויים גבוהים גם מבלי להוכיח שנגרם להם נזק כלשהו: בית-המשפט רשאי לפסוק פיצויים שגובהם עד 50,000 ש"ח אף מבלי שהתובע הוכיח כי נגרם לו נזק כלשהו, ואם הוכח שהמפרסם התכוון לפגוע בתובע, בית-המשפט רשאי לפסוק אף עד 100,000 ש"ח ללא הוכחת נזק.¹¹⁷ מכך מתקבל המסר שפגיעה בהדרת-כבוד לבדה מצדיקה פיצויים, אף בהעדר נזק אחר.

הקטגוריות "הומו" ו"לסבית" מצינות לא רק זהות, אלא גם מעמד חברתי,¹¹⁸ ולכן הן משפיעות על מידת הדרת-הכבוד של היחידים המסומנים על-ידיהן.¹¹⁹ ככל שקיים זיהוי חברתי של הומוסקסואליות עם בושה והשפלה, דיני לשון-הרע – אולי יותר מכל הקשר משפטי אחר – הם הזירה המשפטית המובהקת שבה זיהוי זה יכול להתרחש ולהשתמר, וזאת משום מרכזיותה של הדרת-הכבוד בדינים אלה.

1. הומוסקסואליות ובושה

(א) הזיהוי של הומוסקסואליות עם בושה

בטקסטים המשפטיים שאנו בוחנים, הומוסקסואליות מקושרת עם בושה, השפלה, ביזוי וקלון, ולפיכך מסומנת כפגיעה בהדרת-הכבוד. ביטוי מרכזי לקישור בין הומוסקסואליות לבושה הוא עצם הקביעה המשפטית שתיוג כהומו או כלסבית הוא לשון-הרע. "לשון-הרע" מוגדרת בחוק כדבר שפרסומו עלול לגרום השפלה וביזוי,¹²⁰ ומכאן שהגדרת התוויות "הומו" ו"לסבית" כלשון-הרע כמוה כקביעה שתוויות אלה משפילות ומבזות.

מעבר להגדרה זו, הומוסקסואליות מתוארת בפסיקה כבירור כעלבון המעורר בושה.¹²¹ כך לדוגמה, כתב השופט טימן בפסק-דינו בעניין חזון: "אין ספק שגם בחברה מתקדמת

115 גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 18, בעמ' 117-118, 121-122, 186-187; שנהר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 246-247 (שנהר מצוטט בעניין סופר, לעיל ה"ש 30, פס' 7). ניתן כמובן לערער על עצם ההבחנה המשפטית בין הערכתו העצמית של אדם לבין הערכת החברה אליו.

116 ס' 2(ב), 6 ו-7 לחוק איסור לשון-הרע. נקודה זו הוזכרה, בין היתר, בעניין פלוני, לעיל ה"ש 27, פס' 7(ג).

117 ס' 7א לחוק איסור לשון-הרע. בפרשת אמסלם נפסקו לתובע 150,000 ש"ח ללא הוכחת נזק מכיוון שפסק-הדין ניתן לפני שהוסף ס' 7א לחוק איסור לשון-הרע. באותה עת כבר הכירה הפסיקה באפשרות לפצות את התובע גם אם לא הוכיח נזק, אך טרם נקבעה בחוק תקרת הפיצויים במקרה כזה. איתן להמן "לשון הרע" העין השביעית 18, 48 (1999).

118 Karst, לעיל ה"ש 13, בעמ' 294.

119 בפרשת סופר הכיר בכך השופט מגד, כאשר קבע כי "זהותו המינית של התובע משפיעה על מעמדו בחברה בה הוא מצוי". עניין סופר, לעיל ה"ש 30, פס' 23.

120 ס' 1 לחוק איסור לשון-הרע.

121 הדגשת כובד העלבון שנגרם (לכאורה) לתובעים עלולה להתפרש כלגיטימציה להפליה חברתית כלפי הומואים ולסביות. ראו: Robert G. Bagnall, Patrick C. Gallagher & Joni L. Goldstein, *Burdens on Gay Litigants and Bias in the Court System: Homosexual*

כשלנו... עדיין יש במילה: 'הומו', כדי לגרום לאנשים רגש של סלידה, או רתיעה, או גיחוך, או תמיהה, או כוז – כלפי מי שנקרא בשם הזה... וכיוון שכך – מתאימים הדברים שאמר הנתבע על התובע, לפי כתב התביעה, להגדרת לשון הרע... אין לי ספק ששמועות... בנוגע להרגלים מיניים שאינם כדרך הטבע – גורמות לעוגמת נפש, לבידוד חברתי, למתחים בבית ולנזקים נלווים נוספים".¹²² גם בפרשת גולן תוארה הומוסקסואליות כמקור לבושה. לדברי השופט דותן בפסק-דינו, רמיזה שהתובע הוא הומו הינה "רמיזה שללא ספק יש בה כדי לבזות אדם בשל נטייתו המינית".¹²³

הזיהוי של הומוסקסואליות עם בושה הופיע גם בפרשת סופר, שם קבע השופט מגד בפסק-דינו כי "בחלק הארי של החברה בה אנו חיים, האימרה שאדם משתייך לקהילת ההומוסקסואלים הינה בגדר עלבון, וככזו היא מהווה לשון הרע... דיבור, לפיו רווק צעיר מקיים יחסי מין עם שלושה כושים",¹²⁴ ושותה את זרעם... עלול לגרום למושא לנזקים

Panic, Child Custody, and Anonymous Parties, 19 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 497, 501 (1984). מעבר לכך, שיח משפטי המקנה משקל רב לעלבון מחריף את ההפרדה בין בעל-הדין ומעורר אותם להתגדר בעמדותיהם באופן אנוכי. תוצאה זו חמורה במיוחד כאשר ההליך המשפטי נוגע בסכסוכים בין צדדים קרובים, כגון חברים (דוגמת פרשת סופר, שתידון בהמשך) או בני משפחה (דוגמת פרשת פלוני, שתידון גם היא). ראו רות זפרן "שיח היחסים כתשתית להכרעה בסוגיות מתחום המשפחה: מספר הערות על דאגה וצדק" משפטים על אהבה 605, 612-614 (חנה נוה וארנה בן-נפתלי עורכות, 2005).

122 פסק-הדין של השלום בעניין חזון, לעיל ה"ש 79, פס' 6, 16 (ההדגשות הוספו).

123 עניין גולן, לעיל ה"ש 41, פס' 24 (ההדגשה הוספה). ראו גם שם, פס' 30.

124 חלק מהנזק נובע מכך שהשמועה מסמנת את התובע כ"אחר" כפול: גם הומו וגם מקיים יחסי מין עם "כושים". סימונו ככזה מצביע על הצבת הגבר הלבן ההטרוסקסואל בראש המדרג החברתי, כסטנדרט שלפיו האחרים נשפטים. זוהי עדות לחרדות לגבי המיניות הגברית, אשר מתמקדות סביב ההטרוסקסואליות באופן שתומך בשימור סטריאוטיפים הן לגבי הומואים והן לגבי שחורים. זאת ועוד, תיאור האקט המיני שקיים התובע עם שלושה "כושים" הוא דוגמה הן לסטריאוטיפיזציה של שחורים כבעלי תאוה מינית בלתי-ניתנת לסיפוק והן לנטייה התרבותית לקשר גבריות שחורה עם פנטזיות (הומו)אירוטיות. על-אודות הקשרים בין הומואירוטיקה, הומופוביה וגזענות ראו PETERSEN, לעיל ה"ש 63, בעמ' 37, 50-51; TIM EDWARDS, CULTURES OF MASCULINITY 13-14 (2006); MICHAEL S. KIMMEL, THE GENDER OF DESIRE: ESSAYS ON MALE SEXUALITY 37-39 (2005). לדיון מקיף ביחסים בין אירוטיקה, בושה, הומוסקסואליות וצבע עור שחור ראו: KATHRYN BOND STOCKTON, BEAUTIFUL BOTTOM, BEAUTIFUL SHAME: WHERE "BLACK" MEETS "QUEER" (2006).

חמורים ביותר ולדבוק בו ככתם באופן שלא ניתן יהיה להסירו לעולם. בקרב ציבורים חברתיים מסוימים (ובעיקר בחברות המזרחיות¹²⁵), זהו אות קלון של ממש".¹²⁶

ביטוי נוסף לזיהוי של הומוסקסואליות עם בושה ניתן למצוא בפרשת אנדה, שבה הגישו השחקניות של קבוצת הכדורסל "אנדה" רמת-השרון והנהלת הקבוצה תביעת לשון-הרע בשנת 2006 נגד המקומון העיר. התביעה הוגשה בעקבות פרסום כתבה במוסף הספורט של העיתון, שנשאה את הכותרת "אחת על אחת", ואשר בכותרת-המשנה שלה נכתב "כל האמת על האורגיות בחדר ההלבשה של אנדה רמת השרון". השופטת חנה ינון, מבית-משפט השלום בתל-אביב, קיבלה את התביעה, ופסקה לתובעות פיצויים בסך 300,000 ש"ח ללא הוכחת נזק.¹²⁷ בפסק-דינה קבעה השופטת ינון כי הקוראים הוזמנו לקרוא על-אודות התובעות "לא בעבור הישגי ספורט נאים ומכובדים אלה, אלא בגין היותן נשים אשר מקיימות פעילות מינית לסבית, כביכול, בחדרי ההלבשה".¹²⁸ בדברים אלה הציבה השופטת ינון בקוטב אחד את ההישגים הנאים, המזוהים עם הדרת-כבוד, ובקוטב הנגדי את המין הלסבי, המזוהה במשתמע עם בושה.

אין אלה אלא דוגמות ספורות לקישור בין הומוסקסואליות לבושה, לביזוי, לעלבון ולהשפלה – קישור שרווח הן בפסיקה¹²⁹ והן בדבריהם של צדדים להליכים השונים.¹³⁰

125 תפיסתו של השופט מגד את הדרת-הכבוד כנחלתן הבלעדית של חברות מזרחיות או ערביות עולה בקנה אחד עם יומרתם ההיסטורית של ציבורים מסוימים בחברה הישראלית להתנער מהמנטליות של הדרת-הכבוד. מנטליות זו נתפסה לעיתים כרגישות-יתר, שזוהתה באופן בלעדי עם "המזג המזרחי והערבי". קמיר, לעיל ה"ש 109, בעמ' 89-90, 93. לעניין זה יפה ההגדרה שמציע רוביק רוזנטל למונח "כבוד": "מילה נאצלת לכאורה... עוקצנית כשמדובר במרוקאים, שם נדרף לפרימיטיביות כשמדובר בערבים". רוביק רוזנטל חדות הלשון 91 (2004).

126 עניין סופר, לעיל ה"ש 30, פס' 14 (ההדגשות הוספו).

127 עניין אנדה, לעיל ה"ש 25, פס' 10, 55-59. הפיצויים הורכבו מ-50,000 ש"ח שנפסקו לכל אחת מהתובעות.

128 שם, פס' 42 (ההדגשות הוספו).

129 למופעים נוספים של זיהוי זה בפסיקה ראו פסק-הדין של השלום בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 33, בעמ' 11; עניין פלוגי, לעיל ה"ש 27, פס' 10(ג); עניין בן-דורי, לעיל ה"ש 110; עניין גלרון הפלילי, לעיל ה"ש 8; עניין אנדה, לעיל ה"ש 25, פס' 36, 53; עניין בנבנישתי, לעיל ה"ש 8, פס' 11.

130 למופעים נוספים של זיהוי זה בדבריהם של צדדים להליכים ראו עניין סופר, לעיל ה"ש 30, פס' 23; עניין פלוגי, לעיל ה"ש 27, פס' 10(ג); פרוטוקול דיון בת"פ (שלום ק"ג) 220/01 מדינת ישראל נ' סבן, 3 (לא פורסם, 11.2.2004) (להלן: פרוטוקול בעניין גלרון); עניין מלכה, לעיל ה"ש 30, פס' 60; פסק-הדין הראשון בעניין פאר, לעיל ה"ש 8, פס' 11(ב); פסק-הדין השני בעניין פאר, לעיל ה"ש 8, פס' 12; עניין אדלמן, לעיל ה"ש 8, פס' 9, 12-13; עניין אנדה, לעיל ה"ש 25, פס' 18-19; עניין בנבנישתי, לעיל ה"ש 8, פס' 5-6.

קישור זה הוא ראייה לכך שתפיסת ההומוסקסואליות כסכנה וכאיום אינה רק נחלת העבר,¹³¹ ולכך שהומוסקסואליות עודנה מעוררת התנגדויות חברתיות (ומשפטיות) רבות.¹³² דיוני הכנסת בשנת 1997, שנידונו לעיל, שיקפו גם הם את ההנחה שקיים זיהוי חברתי של ההומוסקסואליות עם בושה.¹³³ אומנם, בניגוד לשופטות ולשופטים, חברות הכנסת וחבריי הכנסת ביקשו לצאת נגד זיהוי זה, אך במבחן הזמן נראה שכוונתם לא הופנמה בשיח המשפטי.

(ב) הומוסקסואליות בעיני "האדם הסביר"

כזכור, דיני לשון-הרע מקובל לבדוק את משמעות הפרסום על-פי מבחנים שנתפסים כאובייקטיביים, ובעיקר לאור מבחן "האדם הסביר". מוקדם יותר נידון תפקידו של "האדם הסביר" כמדד שעל-פיו בתי-המשפט מאבחנים אם תובעות ותובעים נתפסו כהומואים וכלסביות "אמיתיים". כעת ייבחן תפקיד נוסף של "האדם הסביר" – כמכשיר שמאפשר להכריע אם התיוג כהומו/כלסבית הוא עלבון. עצם השימוש במבחנים שנתפסים כאובייקטיביים, וביניהם מבחן "האדם הסביר", מצביע שוב על כך שהערך המרכזי המוגן בדיני לשון-הרע הוא הדרת-כבוד, שכן "האדם הסביר" מייצג את הכבוד האובייקטיבי-כביכול של הנפגע, קרי, את הכבוד כפי שהוא נקבע על-פי האמת החברתית הדומיננטית.

בפסקי-הדין שבלב דיוננו, "האדם הסביר" מתואר כמי שיראה בתיוג כהומו או כלסבית משום לשון-הרע. בצורה זו סטנדרטים "אובייקטיביים" משמשים לביסוס זיהוייה של ההומוסקסואליות עם עלבון, פגיעה וביזוי. לדוגמה, בפרשת פלוני נקבע בפסקי-הדין כי "האדם הסביר בקרב הציבור בימינו עדיין רואה במילה 'הומו' משום סטייה".¹³⁴ בפרשת סופר ציין השופט מגד, באופן דומה, כי "הפסיקה אימצה את המבחן האובייקטיבי וקבעה, כי הפרסום ייחשב כלשון הרע... רק אם ייתפש ככזה על ידי האדם הסביר... בחלק הארי של החברה בה אנו חיים, האימרה שאדם משתייך לקהילת ההומוסקסואלים הינה בגדר עלבון, וככזה היא מהווה לשון הרע".¹³⁵ בפרשת חזון השתמש השופט טימן במבחן "אובייקטיבי" אחר – מבחן דעת הרוב – וטען כי "יחסים הומוסקסואליים אינם יחסים שבדרך הטבע

131 על תפיסת ההומוסקסואליות כזהות מינית מסוכנת ראו Mason, לעיל ה"ש 99, בעמ' 104-100.

132 השווה הראל, לעיל ה"ש 99, בעמ' 216.

133 ראו, לדוגמה, את דבריה של חברת-הכנסת יעל דיין: פרוטוקול הוועדה לקידום מעמד האישה, לעיל ה"ש 48, בעמ' 4; הדיון במליאת הכנסת לקראת הקריאות השנייה והשלישית, לעיל ה"ש 50, בעמ' 80.

134 עניין פלוני, לעיל ה"ש 27, פס' 7 (ג) (ההדגשות הוספו).

135 עניין סופר, לעיל ה"ש 30, פס' 7, 14 (ההדגשות הוספו).

(כך גורס עדיין הרוב, אפילו במדינה כמו ארה"ב, בהקשר של גיוס לצבא, למשל¹³⁶). וישנה סביב יחסים אלה הילה של מוזרות, ריחוק, וכאמור: גם סלידה בעיניהם של רבים¹³⁷. רבות נכתב זה כבר על הקשיים הרבים הגלומים במבחנים "אובייקטיביים", כגון מבחן "האדם הסביר". קושי אחד, הנוגע בענייננו, הוא השפעת המנטליות של הדרת-הכבוד על דמותו הבדייונית של "האדם הסביר" (או על "דעת הרוב" בפרשת חזון). "האדם הסביר", כפי שתיארוהו שופטי בתי-המשפט בדבריהם שלעיל, הוא במידה רבה איש של הדרת-כבוד, הומופוב, אשר נעלב עד עמקי נשמתו מכל ביטוי שעלול לתייגו כהומו. זאת ועוד, "האדם הסביר" הוא למעשה ההטרסקסואל הסביר, לנוכח המיעוטנות הדומיננטית בשיח המשפטי¹³⁸. תפיסה זו באה לידי ביטוי באחד מפסקי-הדין שניתנו בתביעת לשון-הרע בגין תיוג אדם כהומו, שם קבע השופט אבי זמיר, מבית-משפט השלום בקרית-גת, כי בפרסום מושא המחלוקת "יש תוכן פוגע ומבזה גם בעיני האדם הסביר המייצג את כלל האוכלוסייה וגם בעיני האוכלוסייה המצומצמת, בעלת העדפות מגוונות"¹³⁹. בדבריו אלה הבהיר השופט זמיר כי מי שאינם הטרסקסואלים (בעלי "העדפות מגוונות", כלשונו) אינם אלא מיעוט, וכי "האדם הסביר" אינו משתייך למיעוט זה.

"האדם הסביר" הנוטה להיעלב והחרד מצל-צילה של סכנה ליציבות ההטרסקסואליות משקף במידה רבה את עולם הערכים ההטרונורמטיבי של שופטות בתי-המשפט ושופטיהם¹⁴⁰. כפי שנכתב בעבר בפסיקה, "פרסום יראה כנגוע בלשון הרע רק אם זו המשמעות שהיה מייחס האדם הסביר למוכן הטבעי והרגיל של הטקסט. השופט הוא האדם

136 לביקורת על ההתנגדות לשירות הומואים בצבא ארצות-הברית ראו: JANET E. HALLEY,

DON'T: A READER'S GUIDE TO THE MILITARY'S ANTI-GAY POLICY (1999).

137 פסקי-הדין של השלום בעניין חזון, לעיל ה"ש 79, פס' 24 (ההדגשות הוספו). דוגמה נוספת לזיהוי של הומוסקסואליות עם בושה באמצעות דמותו של "האדם הסביר" ניתן למצוא בעניין גלרון הפלילי, לעיל ה"ש 8, פס' 13.

138 Christina Pei-Lin Chen, *Provocation's Privileged Desire: The Provocation Doctrine, "Homosexual Panic", and the Non-Violent Unwanted Sexual Advance Defense*, 10 *CORNELL J. L. & PUB. POL'Y* 195, 209 (2000). השוו גם MacDOUGALL, לעיל ה"ש 6, בעמ' 159-156 *JOHN BOSWELL, CATEGORIES, EXPERIENCE AND SEXUALITY, IN FORMS OF DESIRE*; 133, 161 (Edward Stein ed., 1990).

139 עניין גלרון הפלילי, לעיל ה"ש 8, פס' 13 (ההדגשות הוספו).

140 על "האדם הסביר" כמשקף את ערכיהם של השופטות והשופטים בהקשרים אחרים ראו, לדוגמה, אורית קמיר "איך הרגה הסבירות את האישה: חום דמם של 'האדם הסביר' ו'הישראלית המצויה' בדוקטרינת הקנטור בהלכת אזואלוס" פלילים ו 137, 156 (1997); רונן שמיר "הפוליטיקה של הסבירות: שיקול-דעת ככוח שיפוטי" תיאוריה וביקורת 5, 7, 12 (1994).

הסביר לענין זה.¹⁴¹ וכפי שקבע בג"ץ בהקשר אחר: "האדם הסביר הוא בית-המשפט עצמו".¹⁴²

אם כן, מבחן "האדם הסביר" מציג את עצמו כאובייקטיבי וכאינפורמטיבי, ולפיכך פועל לנטרול הטיות הומופוביות ממטענן האידיאולוגי ולהצגתן כסוג של אמת.¹⁴³ אך למעשה, ההישענות על "הסביר", "המהימן" ו"הטבעי"¹⁴⁴ היא תוצאה של הלחץ והכפייה שהרצון להגיע לאמת מפעיל על השיח המשפטי.¹⁴⁵ הקביעות המיעוטניות שצוטטו לעיל, שלפיהן הומוסקסואליות נתפסת כסטייה בעיני "האדם הסביר" או בעיני מרבית הציבור, מציגות כאמת עובדתית וטבעית את סימון ההומוסקסואליות כחריגה מדרך הטבע. אולם הקביעה המשפטית שתיוג אדם כהומו (או כלסבית) מהווה לשון-הרע אינה שיקוף של מציאות חברתית "עובדתית" או "אמיתית".¹⁴⁶ תחת זאת, קביעה זו קשורה בטבורה להומופוביה שמאפיינת לעיתים את מערכת המשפט עצמה.¹⁴⁷ סובלנותם של בתי-המשפט כלפי הומופוביה בהקשר זה מובילה לנורמליזציה של ההומופוביה האמורה.¹⁴⁸ מבחינה זו, "האדם הסביר" מחזק את האמון בנורמות ההטרסקסיסטיות שהוא מייצג, ומאפשר לבית-המשפט לפעול לקידום ההשקפות שמיוחסות ל"רוב" ההטרסקסואלי.¹⁴⁹

141 ת"א (שלום נת') 3474/99 מדינה נ' לוי, פס' 7 (לא פורסם, 23.5.2002) www.nevo.co.il/Psika_word/shalom/s993474.doc (ההדגשה הוספה).

142 בג"ץ 935/89 גנור נ' היועץ המשפטי לממשלה, פ"ד מד(2) 485, 513 (1990) (ההדגשה הוספה), מצוטט אצל שמיר, לעיל ה"ש 140, בעמ' 12. ראויה לציון בהקשר זה גם קביעתו של השופט שמגר, בפסק-דין נוסף של בית-המשפט העליון, שכאשר בית-המשפט יוצר את דמותו של "האדם הסביר", הוא רשאי "לכלול לתוך התכונות של יצורי רוחו יסודות של נורמה תרבותית רצויה". ע"פ 402/87 מדינת ישראל נ' ג'ונדי, פ"ד מב(3) 383, 391 (1988), מצוטט אצל קמיר, לעיל ה"ש 140, בעמ' 155.

143 Pierce, לעיל ה"ש 12, בעמ' 52-53.
144 בפסיקה אכן נקבע כי במסגרת דיני לשון-הרע יש לפרש פרסומים לפי "המובן הטבעי והרגיל של הרברים". ע"א 723/74 הוצאת עיתון הארץ בע"מ ואח' נ' חברת החשמל בע"מ ואח', פ"ד לא(2) 281, 300, 318 (1977) (ההדגשה הוספה).

145 מנחם מאוטנר "הסבירות של הפוליטיקה" תיאוריה וביקורת 5, 25, 26 (1994).
146 אייל גרוס מסביר שהשופט דותן, בפסק-דינה בעניין אמסלם, מתעלמת מכך שהחלטתה מה ייחשב לשון-הרע לא רק משקפת מה נחשב עלבון, אלא גם מכוננת זאת. גרוס, לעיל ה"ש 4.
147 לניתוח הרטוריקה המשפטית כחושפת עוינות כלפי הומוסקסואליות ראו הראל, לעיל ה"ש 101. לדיון באופן שבו בג"ץ משמש, לאו דווקא במודע, מכשיר לקידום הומופוביה, ראו צבי טריגר "בין ירושלים לאום אל פאחם: על מה שיש ועל מה שאין בפסיקה בג"ץ בעניין מצעדי הגאווה בירושלים וצדדת הימין הקיצוני באום אל פאחם" המשפט 27, 61, 73-74 (2009). למידע על הומופוביה במערכת המשפט האמריקנית ראו: Pamela D. Bridgewater & Brenda V. Smith, *Homophobia in the Halls of Justice: Sexual Orientation Bias and Its Implications Within the Legal System*, 11 J. GENDER, SOC. POL'Y & L. 1 (2002).

148 על-אודות נורמליזציה של הומופוביה באמצעות מבחן "האדם הסביר" בהקשר אחר ראו Chen, לעיל ה"ש 138, בעמ' 203.

149 על "האדם הסביר" כמייצג את הנורמות החברתיות הראויות וכמחזק את האמון בהן ראו דפנה ברק-ארוז "האשה הסבירה" פלילים ו 115, 115 הערה 1 (1997). לניתוח שיח הסבירות

לפיכך, לא זו בלבד ש"האדם הסביר" עוצב לאור תפיסות מיעוטניות (הותאם למידות הגבר ההטרסקסואל), הוא אף תורם לשיערוקן של תפיסות אלה על-ידי תמיכה בסדר ההטרונורמטיבי.

2. הדרת-כבוד, אמת והנגדה

כמו הזהות המינית ה"אמיתית", כך גם הדרת-הכבוד והבושה משמשות בסיס להנגדה בין הומוסקסואליות להטרסקסואליות. ההנגדה באמצעות המנטליות של הדרת-הכבוד משתמעת מהשימוש ב"אדם הסביר" ומהזיהוי המשפטי של הומוסקסואליות עם בושה. ביטוי נוסף ומפורש יותר להנגדה זו הוא שבמקרים רבים מידת הדרת-הכבוד שמשויכת לתובע/ת נקבעת על-פי הזהות המינית ה"אמיתית". לדוגמה, שופטי הערכאות השונות שדנו בעניינו של אמסלם תיארו את תביעתו כך: "מאחר ולתובע אין כל נטיות הומוסקסואליות נטען כי העובדה המשתמעת מן הכותרת הנ"ל הינה שקר גס אשר יש בו כדי להשפיל את התובע ולעשותו למטרה לבוז וללעג מצד הציבור"¹⁵⁰ ו"תביעתו נשענה על כך שמכותרת הכתבה משתמע כי הינו הומוסקסואל שעה שאין לו כל נטיות מעין אלה ולכן מדובר בשקר גס שנועד לבזותו ולהשפילו"¹⁵¹. גם בכתבה עיתונאית על-אודות פרשת אמסלם הופיע הקישור בין הדרת-כבוד לבין ה"אמת", בדברים שהובאו מפי עורך-דינו של אמסלם: "זיהוי של אדם כהומוסקסואל הינו מבזה ופוגע בכלל והינו מבזה ופוגע במיוחד באדם שאינו הומוסקסואל"¹⁵². ברוח דומה קבעה השופטת דליה גנות, מבית-משפט השלום בראשון-לציון, בפסק-דינה בעניין תביעת לשון-הרע של אדם שתויג כהומו: "אין ספק שמודעות מסוג זה [שלפיהן התובע מעוניין לקיים יחסי מין עם גברים – ה' ו'] הנקשרות עם שמו של אדם שאינו בעל נטיות הומוסקסואליות, מהוות לשון הרע כלפיו, שכן מדובר לכאורה בפרסום מבזה ומשפיל"¹⁵³. אלה רק חלק מהדוגמות לקישור בין הדרת-כבודו של התובע לבין זהותו המינית ה"אמיתית", שרווח הן בשיח המשפטי¹⁵⁴ והן בזה העיתונאי.¹⁵⁵

- כמכשיר לקידום השקפות הרוב ולקיפוח המיעוט ראו שמיר, לעיל ה"ש 140, בעמ' 15-16.
- 150 פסק-הדין של השלום בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 33, בעמ' 4 (ההדגשות הוספו).
- 151 פסק-הדין של המחוזי בעניין אמסלם, לעיל ה"ש 34, פס' 7 (ההדגשות הוספו).
- 152 גורלי "שמעון אמסלם נגד 'העיר': היום פסק-הדין", לעיל ה"ש 31 (ההדגשה הוספה).
- 153 עניין גלרון האזרחי, לעיל ה"ש 8, פס' 3 (ההדגשה הוספה). משפט זה צוטט בפסק-הדין הראשון בעניין פאר, לעיל ה"ש 8, פס' 11(ב)(7).
- 154 למופעים נוספים של קישור זה בשיח המשפטי ראו פסק-הדין הראשון בעניין פאר, לעיל ה"ש 8, פס' 6(א); פרוטוקול דיון בת"א (שלום ת"א) 12603/05 פאר נ' טיים אוט מגזין (ישראל) בע"מ, 12 (7.2.2007, לא פורסם). ברוח דומה טען התובע בפרשת בנבנישתי כי מטרת הפרסום "היתה הכפשת שמו... ועשותו ללעג ובוז ובעיקר כאשר ג'קי [הנתבע – ה' ו'] יודע כי מדובר בפרסום שאינו אמת". עניין בנבנישתי, לעיל ה"ש 8, פס' 6 (ההדגשה הוספה). התבטאויות נוספות הובאו מוקדם יותר במאמר.
- 155 לפי הכתבות העיתונאיות הבאות, הפסיקה הכריעה אם מדובר בלשון-הרע על-סמך זהותם המינית ה"אמיתית" של התובעים: להמן, לעיל ה"ש 33 ("בשני פסקי דין שניתנו בתקופה האחרונה [בפרשת אמסלם ובפרשת חזון – ה' ו'] נקבע כי... פרסום הטוען שאדם הטרסקסואל הוא הומוסקסואל הוא עלבון המצדיק פיצוי" (ההדגשה הוספה)); ארנה קזין "המובן הטוב

אמירות אלה מבטאות קישור משפטי בין הטרוסקסואליות ("אמיתית") לבין הדרת-כבוד, שהגיונו כדלקמן: מכיוון שהתובע הטרוסקסואל, הריהו בעל הדרת-כבוד, והדרת-כבוד זו נפגעה בעקבות תיוגו כהומו.

עם זאת, כפי שהוסבר מוקדם יותר, ההנגדה הטר/הומו קורסת במקומות מסוימים, חותרת תחת עצמה ולעולם אינה מושלמת במלואה. המחשה לכך שהנגדה זו קורסת גם בשיח הדרת-הכבוד היא הרטוריקה ההומואירוטית של התובע בפרשת סופר, אשר מצוטטת בפסק-הדין: "אם זה יניב וטורי אני הולך לזיין אותו ועמית קודם כל הוא בכלל אני הולך דופק אותו".¹⁵⁶ הנה התובע, אשר בתביעתו יוצא נגד שמועה שייחסה לו קיום אקטים הומוסקסואליים, משתמש בשפה רוויית הומואירוטיקה. בעודו חותר להגן על הדרת-כבודו ולנקות את שמו מההומואירוטיקה שאיימה להכתימו, הוא עצמו מכריז שיזיין את פלוני וידפוק את אלמוני. נראה שגם מי שטוען כי הדרת-הכבוד היא נכס שלו "נגוע" במקור הבושה – בהומוסקסואליות. זו דוגמה לכך שהשיח המהותני-הניגודי-המיעוטי מכיל בתוכו את היפוכו, מה שמוכיל לא-יכולתה של ההבניה הלשונית של הטרוסקסואליות – כמו של כל מבע פרפורמטיבי¹⁵⁷ – להגשים באופן מושלם את האיריאל שהיא שואפת לחקות.

3. הדרת-כבוד וגבריות

התופעה של ייחוס נטיות מיניות הומוסקסואליות מצטיירת במידה רבה בפרשות שאנו עוסקים בהן כשיח בין גברים.¹⁵⁸ רוב הדוברים והנמענים בפרשות הנדונות הם גברים: כמעט כל תביעות לשון-הרע והגשו על-ידי גברים,¹⁵⁹ וברוב המקרים היו גם הנתבעים גברים.¹⁶⁰ ייתכן שאחד ההסברים לתופעה זו, בהקשר הנידון במאמר, הוא הקשר שבין

של המילה "הארץ" – גלריה 21.3.2002, 3 ("לפי ההיגיון של הפסיקה הזאת [פסיקתה של השופטת דותן] בעניין אמסלם – ה' ו', אם הכינוי הומו מורבק למי שהוא 'כן כזה' זהו עלבון, אבל לא הוצאת דיבה" (ההדגשה הוספה)).

156 עניין סופר, לעיל ה"ש 30, פס' 25 (ההדגשות הוספו).

157 אצל ג'ודית באטלר המונח "פרפורמטיביות" מציין (בין היתר) את יכולתו של השיח לייצר את המציאות שהוא מתיימר לייצג – יכולת הנשענת על ציטוט נשנה, מתמיד אבל גם חסר יציבות, של המוסכמות. על מבעים פרפורמטיביים, וכן על הארעיות והחלקיות של הצלחתם לממש את הנורמות המיוחלות, ראו באטלר, לעיל ה"ש 91, בעמ' 22-23, 26, 37, 50-51.

158 במידה לא-מבוטלת זהו גם שיח על גברים. לדוגמה, דיוני הכנסת על הוספת ההתייחסות לנטייה מינית לחוק איסור לשון-הרע, בשנת 1997, כללו התייחסויות רבות יותר להומואים מאשר ללסביות. פרטוקול הוועדה לקידום מעמד האישה, לעיל ה"ש 48, בעמ' 4, 12, 14-16; הדיון במליאת הכנסת לקראת הקריאה הראשונה, לעיל ה"ש 47, בעמ' 4100-4101.

159 רק שתיים מבין תביעות לשון-הרע הנבחנות במאמר נוגעות בתיג כלסבית: הראשונה היא פרשת פאר – ראו פסק-הדין הראשון בעניין פאר, לעיל ה"ש 8, ופסק-הדין השני בעניין פאר, לעיל ה"ש 8; והשנייה היא עניין אנדה, לעיל ה"ש 25.

160 ההתייחסות כאן היא לתביעות שכוונו נגד יחידים, ולא לכאלה שכוונו נגד עיתונים, שכן בתביעות מהסוג האחרון הפרסום עשוי להיות פרי יצירתם המשולבת של נשים וגברים.

הדרת-כבוד לבין גבריות (הטרסקסואלית).¹⁶¹ בחברה הישראלית הדרת-כבוד היא אמת-מידה לגבריות תקינה ובריאיה: גבר שמאפשר לאחר לזלזל בו, לכיישו או להשפילו – מאבד מהדרת-כבודו.¹⁶² המודל ההגמוני של גבריות כרוך בהיבדלות מהומוסקסואליות (ומנשיות).¹⁶³ תפיסתה של ההומוסקסואליות, במידה רבה גם כיום, כאחת מ"אויביה" של הגבריות מחזקת את הצורך בהנגדה ברורה וחד-משמעית בין ההומוסקסואליות לבין גבריות הטרונורמטיבית.¹⁶⁴

161 אין להסיק מסקנות גורפות על-סמך מספר מצומצם של תביעות, אך גם במחקרים שנערכו בארצות-הברית ובבריטניה תוארו עלבונות הומופוביים ככאלה שמופנים כלפי גברים יותר מאשר כלפי נשים. ראו: GEOFFREY HUGHES, *SWEARING: A SOCIAL HISTORY OF FOUL LANGUAGE, OATHS AND PROFANITY IN ENGLISH* 207–208 (1991); Deborah James, *Gender-Linked Derogatory Terms and Their Use by Women and Men*, 73 AM. SPEECH 399, 401–403, 406 (1998); Crispin Thurlow, *Naming the "Outsider Within": Homophobic Pejoratives and the Verbal Abuse of Lesbian, Gay and Bisexual High-School Pupils*, 24 J. ADOLESCENCE 25, 32 (2001). זאת ועוד, תיגו של גבר כהומו נתפס כעלבון חמור יותר מאשר תיגו של אישה כלסבית, ונתפס כעלבון החמור ביותר כלפי גבר: James, *Timothy Jay, Cursing*; 35–34, בעמ' 408, 406, Thurlow; לעיל בהערה זו, בעמ' 84. על כל זאת ניתן להוסיף כי גברים הם המבצעים העיקריים של אקטים על רקע הומופובי, ובפרט המשתמשים העיקריים בכינויים הומופוביים. ראו MASON, לעיל ה"ש 99, בעמ' 89; James D. Armstrong, *Homophobic Slang as Coercive Discourse Among College Students*, in QUEERLY PHRASED: LANGUAGE, GENDER, AND SEXUALITY 326, 327 (Anna Livia & Kira Hall eds., 1997). יובהר: כל הטקסטים הללו אינם מובאים כאן כהוכחה "אמיתית" או "אובייקטיבית" לקיומם של הבדלים מגדריים אוניוורסליים (או אף מקומיים) ביחס לתיג כהומו או כלסבית, אלא כחלק בלתי-נפרד מהשיח שבו עלבונות על רקע זהות מינית נתפסים כתופעה "גברית" באופייה.

162 אורית קמיר כבוד אדם וחוה: פמיניזם ישראלי, משפטי וחברתי 67 (2007). על התגבשותה של הדרת-כבוד כמדד לגבריות תקינה בעת המודרנית ראו Mosse, לעיל ה"ש 15, בעמ' 5, 9, 21, 26, 100, 153. על-אודות הזיהוי של גבריות עם הדרת-כבוד במסגרת החזון הציני ראו קמיר, לעיל ה"ש 109, בעמ' 43–46, 53–69, 213.

163 קמיר, לעיל ה"ש 109, בעמ' 47; KIMMEL, לעיל ה"ש 124, בעמ' 37; MacDougall, לעיל ה"ש 6, בעמ' 222–223; Mosse, לעיל ה"ש 15, בעמ' 6, 12, 66–68; Sedgwick, לעיל ה"ש 14, בעמ' 85; Judith Butler, *Melancholy Gender — Refused Identification*, 5 PSYCHOANALYTIC DIALOGUES 181 (1995).

164 Mosse, לעיל ה"ש 15, בעמ' 67–68; PETERSEN, לעיל ה"ש 63, בעמ' 59–60.

המחשה מעניינת של הקשר בין ההגנה המשפטית על הדרת-הכבוד לבין ההגנה על מודל הגבריות ההטרונורמטיבי היא הכותרת "אמסלם יצא גבר", שפורסמה בהבלטה בעמוד השער של מדור הספורט של העיתון מעריב למחרת פרסום פסק-דינה של השופטת דותן בעניין אמסלם.¹⁶⁵ מכותרת זו בית-המשפט מצטייר כמי שאשרר את גבריותו של אמסלם על-ידי הכחשת תיוגו כהומו. קריאת הכותרת הזו לצד הכותרת הנוספת שפורסמה באותו עיתון ובאותו יום ממש – "אמסלם לא הומו"¹⁶⁶ – מחדדת עוד יותר את ההנגדה בין גבריות לבין הומוסקסואליות. ביטוי נוסף להגנה על הדרת-הכבוד הגברית הוא השימוש במבחן "האדם הסביר" לשם הכרעה בשאלה אם תיוג כהומו הינו לשון-הרע, שהרי דמותו של "האדם הסביר" מבוססת בעיקרה על מהלך חייו של "הגבר הסביר", והנורמות המיוצגות על-ידיה היו ונותרו נורמות גבריות.¹⁶⁷

כפי שהוסבר מוקדם יותר, צידה האחר של הדרת-הכבוד הוא הבושה. כותבים אחדים עמדו על כך שזהות גברית מאורגנת במקרים רבים הן באמצעות בושה והן באמצעות הומופוביה. כך, לדוגמה, הסביר פייר בורדייה שכמו הדרת-הכבוד¹⁶⁸ והבושה, אשר נחות מול האחרים, כך גם גבריות מחייבת קבלת תוקף מידיהם של גברים אחרים.¹⁶⁹ לדבריו, הצורך הגברי לזכות בהכרה בהשתייכות לקבוצת "הגברים האמיתיים" משקף פחד לאבד את הערכתם של הגברים האחרים, ולהישלח לקטגוריה הנשית הטיפוסית שאלה משויכים הומואים.¹⁷⁰ מייקל קימל מציע הסבר משלים: לדבריו, הומופוביה – שהינה עיקרון מארגן מרכזי בהגדרת הגבריות בתרבותנו – אינה מסתכמת בפחד מהומואים או בפחד להיתפס כהומואים. הומופוביה היא חששם של גברים מהאפשרות שגברים אחרים יפשיטו את המסכות מעל פניהם, יסרסו אותם, יחשפו את העובדה שהם אינם "גברים אמיתיים". פחד זה יוצר בושה בקרב גברים, משום שעצם קיומו מעורר ספק בקרבם לגבי מידת גבריותם.¹⁷¹

בעקבות בורדייה וקימל, ניתן לקרוא את רוב תביעות לשון-הרע שאנו דנים בהן כנסיונות למנוע את "הרושם השגוי" שהתובעים אינם "גברים אמיתיים". אך בדומה לנסיונות לייצב את ההטרונורמטיביות, כך גם הנסיונות לייצב את הגבריות ה"תקנית"

165 "אמסלם יצא גבר" מעריב – ספורט 21.6.1995, 1 (ההדגשה הוספה).

166 רותם, לעיל ה"ש 36.

167 ברק-ארז, לעיל ה"ש 149, בעמ' 116-117; קמיר, לעיל ה"ש 140, בעמ' 176-178.

168 בתרגום לעברית של הטקסט של בורדייה מופיעה המילה "כבוד", אך המושג "הדרת-כבוד" מבטא בצורה מדויקת יותר, לטעמי, את המונח שמופיע בטקסט האנגלי – "honor" (ולא "dignity" או "respect", למשל).

169 לדיון בטענה שהחשש מאובדן מעמד חברתי וכבוד בעיני גברים אחרים הוא המניע העיקרי לכעס ולתוקפנות הגבריים, ראו: Agneta H. Fischer & Patricia M. Rodriguez Mosquera, *What Concerns Men? Women or Other Men?* 3 PSYCHOL., EVOLUTION & GENDER 5 (2001).

170 פייר בורדייה השליטה הגברית 79-80 (2007). השוו באטלר, לעיל ה"ש 91, בעמ' 52; JACKSON, לעיל ה"ש 11, בעמ' 176.

171 KIMMEL, לעיל ה"ש 124, בעמ' 33, 35-37. ראו גם: C.J. PASCOE, DUDE, YOU'RE A FAG: MASCULINITY AND SEXUALITY IN HIGH SCHOOLS 52-83 (2007).

לעולם אינם יכולים לממש את תכליתם בצורה מושלמת. זאת, משום שתחת הגבריות ההטרונורמטיבית חותר פחד תמידי מפני כישלון בניסיון להיות "גבר אמיתי", כדברי קימל. מבחינה זו, תביעות לשון-הרע שאנו דנים בהן משקפות את "משבר הגבריות"¹⁷² – משבר לא במובן של פחות במעמדם של ערכים, של תכונות או של פרקטיקות שמזוהות באופן מסורתי עם גבריות, אלא במובן בסיסי יותר: "גבריות" כקטגוריה נזילה מבחינה מושגית ומעשית.¹⁷³ כלומר, לא זו בלבד שהגבריות ההטרונורמטיבית מצויה במשבר, היא עצמה משבר תמידי.¹⁷⁴

ד. בין הגבלת הדיבור לעידודו

האם (וכיצד), לפי המשפט, יש לדבר על-אודות הומוסקסואליות? בחלק זה של המאמר יוסבר כי המשפט מטיל הגבלות על הדיבור על-אודות הומוסקסואליות, אך בעת ובעונה אחת גם מרבה בדיבור על הומוסקסואליות ואף מעודד אותו. כיצד ניתן להבין דיאלקטיקה זו לנוכח האמור עד כה על-אודות הניסיון להתחקות אחר הזהות המינית ה"אמיתית", על-אודות הספקות בדבר יציבותה של זהות מינית זו ועל-אודות סימונה של ההומוסקסואליות כמקור להשפלה ולבושה?

מענה אפשרי לכך הוא שהדיבור על הומוסקסואליות חיוני כדי לנסות לשעתק את ההבחנה בין הטרו להומו וכדי לסמן את ההומוסקסואליות כאתר של איום ובושה. הדיבור נועד להשביע את הרצון לדעת את האמת של המיניות ולהבנות את המדרג שבין הטרסקסואליות להומוסקסואליות. עם זאת, הטלת הגבלות על הדיבור על-אודות הומוסקסואליות נחוצה בדיוק משום שהומוסקסואליות נתפסת כמסוכנת, וכן משום שדיבור על הומוסקסואליות נתפס ככזה שביכולתו לחתור תחת יציבותה של ההטרסקסואליות. להלן ייבחנו טכניקות שיחניות להגבלה ו/או לריבוי של השיח על-אודות הומוסקסואליות: הֶרָאִיִּית הזהות המינית ה"אמיתית", איסור התייג כהומו/כלסבית, סימון ההומוסקסואליות כסוד ורטוריקה של רמיזה. כפי שיוסבר בהמשך, הגבלת הדיבור על הומוסקסואליות וריבויי הם חלק מאותו מערך שיח ממש, הם תומכים זה בזה ומאפשרים זה את זה.

1. הֶרָאִיִּית הזהות המינית ה"אמיתית"

בבית-המשפט הומוסקסואליות מצטיירת כתופעה שקיים כורח לדבר על-אודותיה. לדוגמה, בפרשת סופר תיאר אחד הנתבעים את הצורך שלו לשתף את חבריו בשמועה

172 לפני צמיחתם של דיני לשון-הרע המודרניים היה הדו-קרב הפתרון המקובל במערב במקרים של פגיעה בהדרת-הכבוד. כשם שמשבר הגבריות מומחש בדיני לשון-הרע, כך הוא בא לידי ביטוי בדו-קרב בדמיון הסמלי שקיים בין החדרת החרב (או הקליע) לגופו של היריב לבין אקט החדירה האנאלית (שמזוהה בתרבותנו עם הומוסקסואליות). לניתוח השוואתי של דיני לשון-הרע ושל הדו-קרב כאתרים חברתיים לסטנדרטיזציה של גבריות, להמחשת משבר הגבריות ולזיהוי של ההומוסקסואליות עם בושה, ראו ויטרבו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 80-83.

173 EDWARDS, לעיל ה"ש 124, בעמ' 21, 23. לביקורות על טענה זו ראו שם, בעמ' 21-22, 24.

174 על הבנה זו של המושג "משבר הגבריות" ראו שם, בעמ' 16-17.

ששמע, שלפיה התובע קיים יחסי מין עם גברים: "אני אומר, אתה בצורה אובססיבית כזאת, אתה זורק את המילה בלי בלי (החזרה במקור – ה' ו') לחשוב מה שאתה אומר פעמיים... דבר שקשה לך לקבל אותו אתה פולט אותו יעני ישר".¹⁷⁵ המחשה נוספת לתפיסת ההומוסקסואליות כנושא שהכרחי לדבר עליו ניתן למצוא בפרשת פלוני. באותו מקרה, כזכור, הגיש התובע תביעת לשון-הרע נגד אשתו לאחר שכינתה אותו "הומו". זאת, על רקע משבר קשה במערכת יחסיהם, שבעקבותיו עבר הגבר להתגורר עם מכר שלו וכמעט לא התראה עם אשתו. בפסק-הדין הובאו דברי הנתבעת לתובע: "אתה לא בא הביתה ואתה מסתובב עם החבר שלך, אם אתה הומו תגיד את זה... אתה עברת לגור עם חבר... ואם אתה חושב שאתה הומו מגיע לי שתגיד לי את זה".¹⁷⁶ דברים אלה מבטאים את הצורך של הנתבעת בדיבור על ההומוסקסואליות (הצורך שלה לדבר והצורך שהתובע ידבר), וכן את הרצון שלה לדעת אם ההומוסקסואליות הזו "אמיתית".

אך תפקידו של בית-המשפט אינו מתמצה בתיאור ההשתוקקות לדבר על ההומוסקסואליות; בית-המשפט מתפקד גם כאתר שהתשוקה הזו יכולה להיות מתועלת אליו.¹⁷⁷ הדיבור של הנתבעים על-אודות ההומוסקסואליות המיוחסת לתובעים זוכה בבמה ממוסדת, והצורך של התובעים לדבר על זהותם המינית מתועל להגשת תביעות לשון-הרע. רצונם של התובעים להמשיך ולהרבות בדיבור על-אודות הזהות המינית, במקום לחתום את העניין ולהשקיטו, נלמדת הן מעוצמת תגובתם – תביעה משפטית – והן מהעובדה שתגובתם מערכת בעניין גורמים נוספים. במובנים מסוימים נדמה שהתובעים נכפים על-ידי דחף להוציא מתוכם, בבית-המשפט, את האמת היסודית של מיניותם עד תום. תיקוף מיניותם האמיתית על-ידי בית-המשפט (אדון האמת של המיניות) עשוי לא רק לנקות את תדמיתם בעיני האחר, אלא גם לחולל שינוי פנימי בהם עצמם, שכן הוא מחייב אותם לחשוף את מיניותם במטרה לנקות מתוכם את "אשמת" ההומוסקסואליות.¹⁷⁸

את תפקידו כאדון האמת בית-המשפט מוסיף וממלא, תוך ריבוי הדיבור על-אודות ההומוסקסואליות, על-ידי פרסום דברים של מה שנתפס כאמת.¹⁷⁹ המחשה לכך ניתן למצוא בפרשת בן-דורי. באותה פרשה הגיש פרקליט תביעת לשון-הרע, בשנת 2003, נגד אדם

175 עניין סופר, לעיל ה"ש 30, פס' 12 (ההדגשות הוספו). נוסף על כך, בפסק-דינו תיאר השופט מגד את השתוקקותו של התובע לדבר על מיניות. שם, פס' 23 ("ניכר כי התובע מרבה לשוחח עם חבריו בנושאים סקסואליים").

176 עניין פלוני, לעיל ה"ש 27, פס' 6 (ג) (ההדגשות הוספו). מעניין שהנתבעת הסיקה נטיות הומוסקסואליות על-סמך התנהגות הומוסוציאלית (מגורי התובע אצל חברו).

177 בפרשת אנדה תפקדה גם העיתונות כאתר לתיעולה של השתוקקות זו. כותרות-המשנה של הכתבה שפורסמה באותה פרשה – "כל האמת על האורגיות" ו"הן באמת מקבלות מחזור יחד?" – משעתקות את העניין בזהות המינית ה"אמיתית".

178 על אמירת האמת כמחללת שינוי פנימי בדובר ראו פוקו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 45. על שימוש בינוי לשון-הרע כמכשיר לביסוס משפטי של ההטרסקסואליות של התובע ראו: Joan W. Howarth, *Adventures in Heteronormativity: The Straight Line from Liberace to Lawrence*, 5 Nev. L.J. 260, 264 (2004).

179 זאת, נוסף על הניסיון המשפטי, שתואר מוקדם יותר, להכריע מהי הזהות המינית ה"אמיתית" של התובע/ת.

אשר לטענתו הטיח בו עלבונות המתייחסים לנטייתו המיניות במסדרון בית-המשפט ובנוכחות קהל רב. העלבונות הוטחו על רקע הליכים משפטיים שבהם ייצג התובע את אחד מלקוחותיו נגד הנתבע. שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב יהודית שבח השתמשה בסמכות הנתונה לה לפי חוק להורות על "פרסום תיקון או הכחשה של דבר המהווה לשון הרע או על פרסום פסק הדין, כולו או מקצתו".¹⁸⁰ מכוח סמכות זו, הורתה שבח לשלוח לשלושה אנשים ששמעו לכאורה את דברי הנתבע העתקים מפרוטוקול המשפט, שבו הצהיר הנתבע כי לא אמר את האמירות המיוחסות לו בדבר נטייתו המיניות של התובע.¹⁸¹ מחויבות לפרסם את האמת באה לידי ביטוי כבר בשלבים מוקדמים יותר של אותה פרשה, כאשר התובע הגיש בקשה לאיסור פרסום, ובקשתו נדחתה על-ידי שופטת בית-משפט השלום בתל-אביב נועה גרוסמן. בין היתר נימקה גרוסמן את החלטתה באומרה כי "האמת שאותה מחפשים היא זו העולה מהחלפה חופשית של דעות והשקפות ולא מדיכוי (עצמי או חיצוני) של דיבור זה או אחר".¹⁸²

2. איסור התיוג כהומו/כלסבית

לצד ריבוי הדיבור על-אודות הומוסקסואליות, המשפט גם מטיל הגבלות שונות על דיבור זה. הבולטת מביניהן היא הקביעה כי תיוג כהומו או כלסבית הוא לשון-הרע. קביעה זו התקבעה בפסיקה כאיסור גורף, המתעלם מכך שלתיוג כהומו או כלסבית יש בהקשרים שונים משמעויות שונות, שחלקן אינן שליליות.¹⁸³

ההגבלה הגורפת שמוטלת על תיוג כהומו או כלסבית היא גם הגבלה של הדיבור על-אודות הומוסקסואליות. הגבלה שיחנית זו יש בה כדי לחזק, במידה כזו או אחרת, את תפיסת הומוסקסואליות כמידע שראוי להדיר אותו מהשיח הציבורי.¹⁸⁴ המחשה לכך היא

180 ס' 9(א)(2) לחוק איסור לשון-הרע. לפי בועז שנור, מטרתו של סעד זה אינה פיצוי התובע או הענשת הנתבע, אלא רק פרסום האמת. גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 18, בעמ' 389.

181 עניין בן-דורי, לעיל ה"ש 110. השופטת שבח הציעה שהנתבע ישלם לתובע פיצוי סמלי על הוצאותיו בסך 5,000 ש"ח, והצדדים קיבלו את הצעתה.

182 בש"א (שלום ת"א) 167470/03 בן-דורי נ' קורצברג (לא פורסם, 28.8.2003, www.nevo.co.il/Psika_word/shalom/s03167470.doc (להלן: דחיית בקשה לאיסור פרסום בעניין בן-דורי). השופטת ציטטה דברים אלה מתוך ע"א 3199/93 קראוס נ' ידיעות אחרונות בע"מ ואח', פ"ד מט(2) 843 (1995).

183 MASON, לעיל ה"ש 99, בעמ' 97.

184 שימור ההומוסקסואליות כסוגיה שמקומה בספרה הפרטית עלול להקשות תקשורת על-אודות הומוסקסואליות. כתוצאה מכך "הקהילה ההומו-לסבית" עלולה להיחלש, משום חוסר הנראות של חבריה. כמו-כן עלולים להשתמר סטריאוטיפים הנובעים מבורות ביחס ללסביות ולהומואים. תוצאה אפשרית נוספת היא שיקשה להשמיע קולות שחותרים לשינוי ייצוגה של ההומוסקסואליות ולשיפור מעמדם החברתי של הומואים ולסביות. ראו Bagnall, Gallagher, Goldstein &, לעיל ה"ש 121, בעמ' 497; Pierce, לעיל ה"ש 12, בעמ' 48, 51; SEDGWICK, לעיל ה"ש 14, בעמ' 81; *Gray Cloud Obscures the Rainbow: Why Homosexuality as Defamation Contradicts New Jersey Public Policy to Combat Homophobia and Promote Equal Protection*, 10 J. L. & Pol'y 635, 649-650 (2002).

רשימה שפורסמה בשנת 2007 באתר האינטרנט GoGay, המופנה ל"קהילת" הלהט"ב. בין היתר כתב המחבר: "לפני כחודש כתבתי טור בו סיפרתי על זוג לסביות מוצהר שאינו בין החיים עוד. לפני העלאתו התברר כי ישנה בעיה משפטית. היועץ המשפטי של GoGay התעמק בסוגיה ולבסוף המליץ בצורה חד משמעית שלא להעלות את הטור, מאחר שנהיה חשופים לתביעות מצד המשפחות. הייתי המום משהבנתי שגם במדינת ישראל הנאורה והליברלית, לכתוב על גייז מוצהרים לאחר מותם עלול להיתפס כהוצאת דיבה... אין ספק שזאת שאסור 'לבזות' את שמה' הייתה מתהפכת בקברה אם היא הייתה יודעת שנקברה מחדש בארון שאינו עשוי עץ."¹⁸⁵

עם זאת, הבנת האיסור המשפטי המוטל על תיוג כהומו/כלסבית רק כהגבלה של הדיבור על-אודות הומוסקסואליות תהיה בגדר הסתכלות חלקית ושגויה. ייתכן שאדם שתויג כהומו, אם יגלה כי תיוג כזה אסור על-פי חוק ואף מזכה בפיצויים משמעותיים ללא הוכחת נזק, ייטה יותר להגיש תביעה משפטית מאשר להבליג בשתיקה. כלומר, ייתכן שהאיסור המשפטי המוטל על תיוג כהומו פועל, במידה מסוימת, גם כתמריץ לדיכוי הדיבור על הומוסקסואליות.¹⁸⁶ אפשר שזהו אחד ההסברים למספרן ההולך וגדל של תביעות לשון-הרע שעניינן תיוג התובע/ת כהומו/כלסבית.¹⁸⁷

185 אריאל כהן "הומופוביה – גם אחרי המוות" GoGay 8.8.2007 www.gogay.co.il/content/articleColumn.asp?id=3296 (ההדגשה הוספה).

186 שופטות ושופטים היו יכולים להימנע ממתן תמריץ כזה אילו ניצלו את הלכת שאהה, המאפשרת לדחות תביעות לשון-הרע שקבלתן אינה רצויה משיקולים של מדיניות שיפוטית. ע"א 466/83 שאהה נ' דרדריאן, פ"ד לט(4) 734 (1986). לדיון בהלכת שאהה ראו שולמית אלמוג ואבינועם בן-זאב "לשון הרע במבחן הבריות" משפט וממשל ב 235 (1994); שנהר, לעיל ה"ש 20, בעמ' 136-139. אחת הדרכים להסדיר את השימוש בשיקולים של מדיניות משפטית בבסיס לדחייתן של תביעות לשון-הרע היא באמצעות ס' 61(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, הפותח פתח להחלת הוראות החוק גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה. באמצעות סעיף זה ניתן להחיל על תביעות לשון-הרע את דוקטרינת תקנת הציבור שבס' 30 לחוק החוזים. ראו גנאים, קרמניצר ושנור, לעיל ה"ש 18, בעמ' 225. בסיס נוסף לדחייה של תביעות לשון-הרע הוא הקביעה כי תיוג כהומו/כלסבית הוא "מעשה של מה-בכך". על בסיס דומה דחתה השופטת יעקובוביץ מבית-משפט השלום בראשון-לציון תביעת לשון-הרע שעניינה כינוי התובע "הומו", "בן-זונה" ו"מניאק". ת"א 134/06 (שלום ראשל"צ) רון נ' שלגי, תק-של 2007(2) 990 (2007). עם זאת, גם השופטת יעקובוביץ התבססה על שאלת האמת, כאשר התחשבה בכך שהתובע לא "באמת" נתפס כהומו. שם, פס' 9.

187 תכיפות הגעתן לבתי-המשפט של תביעות לשון-הרע שעניינן תיוג כהומו או כלסבית עלתה במידה משמעותית: עד 2003 הגיעו התביעות במרווחים של שנתיים-שלוש בין תביעה לתביעה, ואילו משנת 2003 הגיעו כשתי תביעות מדי שנה בממוצע (לא כולל ערעורים ומעבר מהליך פלילי להליך אזרחי). גם בארצות-הברית חלה עלייה בתכיפות הגעתן של תביעות כאלה לבתי-המשפט. ראו: Elizabeth M. Koehler, *The Variable Nature of Defamation: Social Mores and Accusations of Homosexuality*, 76 JOURNALISM & MASS COMM. Q. 217, 223 (1999).

את שתי התופעות האלה – הגבלת הדיבור על הומוסקסואליות וריבוי של דיבור זה – ניתן לקרוא לא רק כהופכיות זו לזו, אלא גם כמותנות זו בזו. כך, ניתן להבין את הדיבור המשפטי הרב על-אודות הומוסקסואליות כתולדה של ההגבלות המשפטיות לגבי דיבור על-אודות הומוסקסואליות. זאת, בהשראת טענתו של ז'אק לאקאן שלפיה תפקיד החוק אינו מצטמצם להטלת הגבלות על התשוקה; החוק גם יוצר את התשוקה מלכתחילה, באמצעות מה שהוא מונע. כלומר, ללא קיומו של איסור לא תיתכן התשוקה, מכיוון שתשוקה, מעצם הגדרתה, היא התשוקה לחרוג אל מעבר.¹⁸⁸ יתר על כן, ייתכן שככל שהאיסור לייחס נטיות הומוסקסואליות לזולת נמשך, כן התשוקה לחרוג אל מעבר לאיסור זה ולהפר אותו מתעצמת. לצד הסבר זה, ניתן להבין את הדיבור על ההומוסקסואליות גם ככוח שמשמר את הגבלת הדיבור הזה, שכן כל אימת שמדברים בגלוי וללא בושה על הומוסקסואליות, ה"איסור" מופר, ולפיכך הצורך באכיפת האיסור – כלומר, בהסתרת ההומוסקסואליות – מתחזק.

זאת ועוד, האיסור המוטל על תיוג כהומו/כלסבית עשוי להשיג בדיוק את התוצאה שהוא נועד לכאורה להכריחה. זאת, לא רק מכיוון שהוא עשוי כאמור להוביל לריבוי הדיבור על התיוג כהומו במקום למגר דיבור זה, אלא גם משום שאם ה"סכנה" הטמונה בתיוג כהומו/כלסבית היא שהוא מאיים למוסס את הגבולות המושגיים והנורמטיביים בין הטרסקסואליות להומוסקסואליות, אזי האיסור המשפטי המוטל על תיוג זה משכפל את הסכנה הזו בשני מובנים: ראשית, מכיוון שהוא מייצר מסגרת שיחנית שמפיצה ספקות באשר ליציבותה של ההטרסקסואליות, כפי שהוסבר מוקדם יותר בהרחבה; ושנית, משום שעצם הצורך לבצר את הגבולות מסגיר את פגיעותם ואת אי-יציבותם, כלומר, ההתגייסות המשפטית להגן על הסדר ההטרונורמטיבי חושפת את חוסר יעילותו של סדר זה ואת אי-יכולתו להשליט ולהכיל את האידאל ההטרסקסואלי.¹⁸⁹

3. סודיות

האיסור המשפטי המוטל על תיוג כהומו/כלסבית נובע, בין היתר, מכך שתיוג זה קורא תיגר על סימון ההומוסקסואליות כסוד, ומחדיר את ההומוסקסואליות בבוטות לשיח הציבורי.¹⁹⁰ אקטים הומוסקסואליים ולסביים נתפסו לאורך העידן המודרני ככאלה שאין לדבר עליהם ואף אין לכנותם בשם.¹⁹¹ בישראל נתפסה הומוסקסואליות כעברה על החוק עד

JACQUES LACAN, THE ETHICS OF PSYCHOANALYSIS 1959–1960, 83–84 (Jacques-Alain 188
Miller ed., Dennis Porter trans., 1992). אצל לאקאן המונח "החוק" מציין לא את מערכת

המשפט בלבד, אלא את עקרונות-היסוד שבבסיסם של כל היחסים החברתיים. DYLAN EVANS, AN INTRODUCTORY DICTIONARY OF LACANIAN PSYCHOANALYSIS 98 (1996)

הריאליקטיים שבין הגבלת הדיבור לריבוי ראו גם: JUDITH BUTLER, EXCITABLE SPEECH: A
POLITICS OF THE PERFORMATIVE 128–132 (1997).

189 השוו באטלר, לעיל ה"ש 91, בעמ' 50–51; BUTLER, לעיל ה"ש 188, בעמ' 129.

190 MacDOUGALL, לעיל ה"ש 6, בעמ' 209.

191 על כך ראו, לדוגמה, שם, בעמ' 18–20.

שנות השמונים המאוחרות,¹⁹² ותפיסה זו הגבילה את היכולת לקיים שיח ציבורי על-אודות הומוסקסואליות.¹⁹³ הבניית ההומוסקסואליות כסוגיה שמסוכן ולעיתים אף אסור לדבר עליה הובילה, ועודנה מובילה, להבניית כסוד – כמידע שנהוג ואף ראוי להסתירו. דוגמה לתפיסת ההומוסקסואליות כסוד, הן מצד התובע והן מצד בית-המשפט, היא פרשת אפריאט. באותו מקרה הוגשה בשנת 2007 תביעת לשון-הרע נגד העיתון ידיעות אחרונות, לאחר שזה פרסם את תמונת התובע צועד במצעד הגאווה בירושלים, לבוש מדי צה"ל ואוחז בידיו את דגל הגאווה.¹⁹⁴ בתביעתו טען התובע כי "דבר היותו הומוסקסואל נשמר כסוד בינו לבין אמו",¹⁹⁵ כי "השתתפותו במצעד הגאווה... לא נועדה לתת פומבי בפני עם ישראל כולו לגבי נטיותיו",¹⁹⁶ וכי "תמונות מן הסוג הזה יש בהן מידה של רגישות".¹⁹⁷ עוד הוסיף התובע וטען וכי חשיפת נטיותיו המיניות בציבור הסבה לו נזקים כלכליים ומשפחתיים. בשנת 2008 קיבל את התביעה שופט בית-משפט השלום בירושלים ארנון דראל, ופסק לתובע פיצויים בסך 50,000 ש"ח, אף שלא הוכח כי נגרם לו נזק.¹⁹⁸ אולם לא רק הרצון בסודיות מאפיין את פרשת אפריאט, אלא גם התשוקה לחשוף את ההומוסקסואליות, שכן יחד עם הדרישה לא לתייגו כהומו, השתתף התובע במצעד הגאווה המתקשרים בתל-אביב ובירושלים, כשהוא אוחז בדגל הגאווה, כאמור.¹⁹⁹ יתר על כן, התובע אף פרסם טורים פרי-עטו על-אודות חייו כהומו דתי באתר האינטרנט הגדול ביותר הפונה להומואים בישראל – GoGay – בלויית תמונתו ושמו המלא.²⁰⁰ דברים

192 לדיון בהבניית ההומוסקסואליות בשיח המשפטי הישראלי עד ביטול האיסור המשפטי של משכב זכר, בשנת 1988, ראו יונאי וספיבק, לעיל ה"ש 91. כאמור, ההומוסקסואליות "דק" נתפסה כעברה, משום שהחוק למעשה לא התייחס כלל להומוסקסואליות. שם, בעמ' 262-268.

193 יונאי, לעיל ה"ש 50, בעמ' 542-547.

194 התמונה צולמה בשנת 2004, פורסמה לראשונה באותה שנה, ומאוחר יותר הופיעה פעמיים נוספות בכתבות על-אודות הומואים וצה"ל, חרף פנייתו של התובע לעיתון בדרישה שלא ישתמש בה.

195 עניין אפריאט, לעיל ה"ש 68, פס' 5 (ההדגשה הוספה).

196 שם, פס' 14 (ההדגשה הוספה). בהתאם לכך התבססה תביעתו של אפריאט בעיקר על עילת הפגיעה בפרטיות. גם בפרשות פלוני, מלכה ופאר טענו התובעים כי נפגעה פרטיותם. מפאת קוצר היריעה, לא יעסוק המאמר בשאלת הפרטיות. לביקורת מקיפה על שיח משפטי של פרטיות לגבי אקטים הומוסקסואליים ראו: Kendall Thomas, *Beyond the Privacy Principle*, 92 COLUM. L. REV. 1431 (1992) להבחנה בין פרטיות לסודיות ביחס להומוסקסואליות ראו:

RICHARD D. MOHR, *GAY IDEAS: OUTING AND OTHER CONTROVERSIES* 12-17 (1992).

197 עניין אפריאט, לעיל ה"ש 68, פס' 24 (ההדגשה הוספה).

198 שם, פס' 64, 72.

199 שם, פס' 1, 8.

200 לרשימת הטורים הללו ראו ישראל אפריאט "כיפה ורודה – כתומה" GoGay 15.4.2008 – 20.8.2008 www.gogay.co.il/columns/ColumnLobby.asp?id=146 בפסק-הדין אין התייחסות לעובדת פרסומם של טורים אלה.

אלה ממחישים את הדיאלקטיקה הקיימת לא רק בין ריבוי הדיבור להגבלתו, כי אם גם בין הימצאות בתוך ה"ארון" לבין הימצאות מחוץ לו.²⁰¹

ברבים מהמקרים הנוספים שאנו עוסקים בהם מצאו השופטים והשופטות צורך לאשרר את סימון ההומוסקסואליות כסוד שאין לדבר על-אודותיו.²⁰² שתי דוגמות לכך ניתן למצוא בפרשת בן-דורי ובפרשת גולן. בפרשת בן-דורי הציעה השופטת שבח את הצעת הפרשה הבאה (שהתקבלה על-ידי הצדדים): "הנתבע יצהיר כי האמירות החמורות המיוחסות לו כלל לא נאמרו על ידו... [ו]כך הוא מצטער על מה שאמר שכאמור אינו זהה למה שאמרו בכתב התביעה".²⁰³ בפרשת גולן הכריז השופט דותן כי "גילו או נטייתו המינית של התובע אינם דברים העומדים או שראוי שיעמדו על סדר היום הציבורי, אין בהם כדי לעורר דיון ציבורי או ענין ציבורי, ואין הם מעניינים איש".²⁰⁴

אך שוב, כמו בפרשת אפריאט שנידונה לעיל, גם דבריו של השופט דותן בפרשת גולן ממחישים את השניות שבין הגבלת הדיבור על הומוסקסואליות לבין עידוד דיבור זה. בשעה שהשופט דותן מכריז כי נטייתו המינית של התובע אינה מעוררת אף שביב של עניין, הוא עצמו מתעניין מאוד בה ובעניין שהיא אינה מעוררת כביכול. אחד ההסברים האפשריים לשניות זו הוא שדווקא ראיית ההומוסקסואליות כסוד היא אחד הגורמים לתפיסתה כאמת שחיוני להתחקות אחריה. ייתכן שהרצון המשפטי לדבר על הסוד ההומוסקסואלי, כמו-גם החיפוש הכפייטי אחר האמת של ההומוסקסואליות, נובעים מתפיסת ההומוסקסואליות כתופעה נסתרת עד כדי כך שהיא מוסתרת אף מפני הסובייקט האנושי עצמו, בין שיגדיר את עצמו כהטרו ובין שיגדיר את עצמו כהומו.²⁰⁵

4. רטוריקה של רמיזה

בחלק מן הפרשות שאנו עוסקים בהן רווחת בשפה השיפוטית רטוריקה של רמיזה: שימוש בניסוחים מעורפלים שמאפשרים "ללכת עם ולהרגיש בלי" – לתאר הומוסקסואליות מבלי לנקוב את שמה המפורש. זוהי הגבלה בלתי-מפורשת ובלתי-מוצהרת של הדיבור על-אודות הומוסקסואליות (להבדיל מהאיסור הגלוי המוטל על תיוג כהומו/כלסבית

201 לדיון בדיאלקטיקה זו של ה"ארון" ראו, לדוגמה, MASON, לעיל ה"ש 99, בעמ' 82-83; PETERSEN, לעיל ה"ש 63, בעמ' 105. על-אודות מרכזיותו של מושג ה"ארון" במשטור ההומוסקסואליות ראו SEDGWICK, לעיל ה"ש 14, בעמ' 71-72.

202 נוסף על הדוגמות המובאות בגוף המאמר, תפיסת ההומוסקסואליות (או הלסביות) כסוד באה לידי ביטוי בחמש פרשות: פסק-הדין של השלום בעניין חזון, לעיל ה"ש 79, פס' 1; עניין פלוני, לעיל ה"ש 27, פס' 10(ה); עניין סופר, לעיל ה"ש 30, פס' 25; עניין מלכה, לעיל ה"ש 30, פס' 62; פסק-הדין השני בעניין פאר, לעיל ה"ש 8, פס' 9-12.

203 עניין בן-דורי, לעיל ה"ש 110.

204 עניין גולן, לעיל ה"ש 41, פס' 34 (ההדגשות הוספו). ראו גם שם, פס' 37.

205 מישל פוקו כינה זאת "עקרון הנחבאות המהותית של המין", שמשמעותו תפיסת המין כתופעה חשאית המתחמקת מן העין ומתרחשת באפלה. פוקו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 48. ראו גם MASON, לעיל ה"ש 99, בעמ' 80.

ומהסימון המפורש של הומוסקסואליות (כסוד), ובכך טמון כוחה: היא אינה אומרת בגלוי מה אסור לומר, ולכן חושפת פחות את היותה הגבלה של הדיבור.²⁰⁶ רטוריקה של רמיזה מאפיינת רבים מהטקסטים המשפטיים שאנו בוחנים.²⁰⁷ דוגמה אחת היא פרשת בן-דורי, שם ציינה השופטת גרוסמן כי לטענת התובע/המבקש "עלב בו הנתבע/המשיב בפרהסיה, תוך שהוא משמיע כלפיו אמירות בוטות המתייחסות לכאורה לנטייתו המינית".²⁰⁸ לאורך החלטתה נמנעה השופטת מלהבהיר באילו נטיות מיניות מדובר, ולשם כך הסתייגה בניסוחים רב-משמעיים: "לגירסת המבקש... השתלח בו המשיב במילים קשות... [אשר] מתייחסות לנושא המיני", "המבקש ציטט בבקשתו דברים... הנוגעים לנטייתו המינית הנטענות", "המבקש... טוען, כי הדברים שהטיח בו המשיב, כאשר לנטייתו המינית, לכאורה... פוגעים בו", ו"המשמעות השלילית שהמבקש מייחס לטענות בדבר נטייה מינית, מסופקת".²⁰⁹

למרות העמידות הרטורית הזו, ניתן להבין בקלות כי דבריה של השופטת גרוסמן מכוונים להומוסקסואליות. אחת הסיבות לכך²¹⁰ היא שהביטוי "נטיות מיניות" מתאר בדרך-כלל אחת משתיים: הומוסקסואליות או הטרוסקסואליות (שימוש לשוני בעייתי כשלעצמו²¹¹). מכיוון שהטרוסקסואליות נתפסת, באופן מיעוטני, כברירת-מחדל מובנת מאליה, דיבור כללי על "נטייה מינית" מכוון לרוב ל"חריג", למיעוט, קרי, לנטייה

206 על-אודות ייחודן וכוחן של הגבלות בלתי-מפורשות של הדיבור על-אודות הומוסקסואליות ראו BUTLER, לעיל ה"ש 188, בעמ' 130.

207 לדוגמות נוספות על אלה המפורטות בהמשך ראו פרוטוקול בעניין גלרון, לעיל ה"ש 130, בעמ' 3 ("מודעה כזאת נותנת קונוטציה ופרשנות מאוד ישירה בדבר נטיותיו המיניות של המתלונן... ואף אם ההעדפה היא כזאת והמפרסם אינו כזה או אינו רוצה לפרסם ברבים שהוא כזה... הרי שזאת פגיעה בו"); לעיל ה"ש 79 ו-81 והטקסט שמעליהן (רמיזתו של השופט טימן בעניין חזון כי התובע עשוי להיות הומו). דוגמה לרטוריקה של רמיזה ביחס למיניות מחוץ לשיח המשפטי היא הכותרת העיתונאית השנויה במחלוקת "אמסלם לא לבד" (טל, לעיל ה"ש 32). כותרת זו לא ציינה מפורשות באיזה מובן אמסלם אינו לבד, ומשמעותה (הנטענת) התקבלה באמצעות הרמיזה הלכאורית.

208 דחיית בקשה לאיסור פרסום בעניין בן-דורי, לעיל ה"ש 182 (ההדגשה הוספה).

209 שם (ההדגשות הוספו).

210 לכך מצטרפת שורה של רמזים עבים בפסק-הדין, אשר לא יצינו כאן מפאת קוצר היריעה. לניתוח רמזים אלה ראו ויטרבו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 92.

211 אחת ההשלכות הבעייתיות העיקריות של הזיהוי החד-חד-ערכי של המונח "נטייה מינית" עם הציר הטרד/הומו היא הדרת זהויות (ולהבדיל – פרקטיקות) מיניות אחרות אל השוליים, וחיזוק התפיסה ההטרונטרית, שלפיה הטרוסקסואליות היא ציר הזהות המרכזי. לביקורת על הטרונטריות זו ראו רייץ, לעיל ה"ש 16. כמו-כן אין הצדקה מילולית להגדרת "נטייה מינית" אך ורק על-פי המגדר של אובייקט המשיכה. ראו, לדוגמה, התייחסות לסיווגים אחרים של נטייה מינית אצל פוקו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 34. נוסף על כך, מבחינה משפטית, החלת המונח "נטייה מינית" רק על הומוסקסואליות ו/או הטרוסקסואליות עלולה להוביל לפרשנות מצמצמת של חוקים שמבטיחים הגנה מפני הפליה או פגיעה על רקע "נטייה מינית". כתוצאה מכך לא תינתן הגנה משפטית לקורבנות שנפגעו או הופלו עקב התנהגות מינית שאינה מסווגת כהומוסקסואלית או כהטרסקסואלית.

ההומוסקסואליות.²¹² על-ידי זיהוי זה של הומוסקסואליות כחריג הטיפוסי שאליו מתכוונים כאשר מדברים על נטייה מינית, רטוריקת הרמיזה תורמת לשימור המיעוטנות. במקרים מסוימים נקיטת רטוריקה של רמיזה עשויה להצביע על מבוכה שמקשה דיבור מפורש על-אודות הומוסקסואליות. יש שמבוכה זו מובילה לשתיקה גורפת לגבי הומוסקסואליות, ויש שהיא מתועלת לדיבור צנוע ומהוגן.²¹³ אפשר שהשימוש ברטוריקה של רמיזה מעיד גם על אי-ודאות לגבי המשמעויות החברתיות של קטגוריות כגון "הומוסקסואליות" ו"לסביות": האם מותר לומר אותן או שמא נלוות להן משמעויות שליליות שמחייבות ניסוח חלופי שנתפס כמעודן יותר וכמהוגן יותר?

איסור התייג כהומו/כלסבית וסימון ההומוסקסואליות כסוד, שנידונו מוקדם יותר, מספקים תשובה (חלקית לפחות) לשאלות הללו. המסר שמתקבל מהם הוא שהתווית "הומוסקסואליות" אינה תווית נטרלית, אלא פוגענית, ושלפיכך יש להגביל את השימוש בתווית זו. גם רטוריקה של רמיזה נראית, במבט ראשון, כטכניקה שמתיישבת עם המסר בדבר פוגעניותה של התווית "הומוסקסואליות", ואשר מאפשרת להימנע משימוש בתווית המאיימת הזו. עם זאת, כמו האיסור המשפטי המוטל על תיוג כהומו או כלסבית, גם רטוריקה של רמיזה לא רק מגבילה את הדיבור על-אודות הומוסקסואליות, אלא גם מעודדת אותו, שהרי ברוב המקרים עקבותיה של ההומוסקסואליות נותרים בטקסט באמצעות רמזים עבים או דקים. המבוכה לגבי ההומוסקסואליות והצורך לרמוז הם תזכורת לזהות המינית המוסתרת, המגודרת, ותזכורת זו מזמנת התחקות אחר המקור, אחר ההומוסקסואליות, אחר ה"אמת". דווקא משום נחבאותה של ההומוסקסואליות, ההתחקות אחריה חשובה ומחייבת.

לנוכח תפקידה החשוב של רטוריקה של רמיזה בשיח המיניות, ניתן להבין מדוע, בפרשת גולן, בחר השופט דותן להגן על המשך פעולתה של רטוריקה זו. באותו מקרה נעשה שימוש בולט ברמיזה במערכון בתוכנית הטלוויזיה של שי ודרור, שהוגדר בפסק-הדין כלשון-הרע. להלן קטע מתוך תמליל המערכון, שבו גילמו השניים דמויות של שתי גברות היושבות בפארק:

דרור: ... את באה למצעד הגאווה?

שי: מה פתאום, אני לא הולכת למקומות כאלה... סליחה.

דרור: מה, את נגר?

שי: מה פתאום, בטח שאני בעד, את לא יודעת עד כמה אני בעד... אני מאוד

מאוד בעד, את רוצה שאני אשכב איתך כאן, אני אראה לך כמה אני בעד, אני

בעד, אני תמיד תמיד הייתי בעד.

דרור: גם אני בעד.

212 בהקשר הנוכחי ההומוסקסואליות פועלת – במונחיו של לייקוף – כסטריאוטיפ חברתי, קרי, כתת-קטגוריה שנתפסת כמייצגת את הקבוצה כולה, ולהפך. George Lakoff, *Cognitive Models and Prototype Theory*, in CONCEPTS AND CONCEPTUAL DEVELOPMENT: ECOLOGICAL AND INTELLECTUAL FACTORS IN CATEGORIZATION 63, 76–77 (Ulric Neisser ed., 1987).

213 כפי שמסבירים יונאי וספיבק, צניעות כזו ביחס להומוסקסואליות אינה תופעה חדשה בשיח המשפטי הישראלי, והיא מצביעה על רתיעה מפני מי שמעורבים בפרקטיקות מיניות לא-נורמטיביות. יונאי וספיבק, לעיל ה"ש 91, בעמ' 279.

שי: את חושבת שמתי גולן בעד?
 דרור: רגע, מה את אומרת פה עכשיו?
 שי: אני לא אמרתי כלום, אני רק שאלתי שאלה.
 דרור: לא, את אמרת משהו.
 שי: תגידי לי, את מטומטמת? אני לא רמזתי כלום.
 דרור: לא?
 שי: אני שאלתי אם הוא בעד.
 דרור: אני לא יודעת, אני לא דיברתי איתו לאחרונה...²¹⁴

במערכון זה ערטלו שי ודרור את תחבולתה של רטוריקת הרמיזה, שהרי כדי להצליח לא לומר את הדברים במפורש, אלא להרמיזה לחשוף את היותה רמיזה. עליה לרמוז מבלי להודות שהיא רומזת. בוויכוח שקיימו שי ודרור נחשף בדרור המתח בין אמירת הדבר לבין אי-אמירתו, ולפיכך הרמיזה במערכון למעשה אינה רמיזה כלל ועיקר, אלא פרודיה על השימוש החברתי ברטוריקה של רמיזה ביחס למיניות. בכך הפרודיה מממשת את הפוטנציאל הביקורתי שלה: לייצר שיח נגדי לרטוריקת הרמיזה, שיח שיחשוף את אופייה ההטרונורמטיבי של רטוריקה זו ויערער על אופי זה.²¹⁵ זו כנראה הסיבה לביקורת שמתח השופט דותן בפסק-דינו על המערכון: "אילו נשאלה רק השאלה 'את חושבת שמתי גולן בעד?' ניתן היה אולי לראות אותה כשאלה 'תמימה'. אך ההמשך בא להדגיש ולהפנות תשומת לבו של כל מי שלא שם לב או לא הבין: שים לב, יש כאן רמז לקיומו של קשר בין התובע לבין מצעד הגאווה, ואולי גם רמז להשתייכותו (כביכול) לקהילת ההומוסקסואלים. אני דוחה אפוא את הטענה המיתממת כי בסך הכל נשאלה השאלה מהי עמדתו של התובע ביחס למצעד הגאווה.²¹⁶ נראה שלא הרמיזה כשלעצמה היא שחרתה לשופט דותן, ולראיה תיאור הרמז כ"שאלה תמימה"; חרה לו ערטולה של תחבולת הרמיזה על-ידי הפניית תשומת-הלב לקיומו של הרמז, כפי שמעידה אמירתו ש"כל צופה הרואה את התכנית בטלוויזיה היה מבין כי יש כאן רמיזה".²¹⁷

ה. סיכום

תיוג כהומו או כלסבית עשוי לערער את יציבותה המושגית והנורמטיבית של ההטרונורמטיביות, ולפיכך הוא גורר גינויים משפטיים חריפים. התגובה המשפטית על תיוג זה היא ניסיון להבנות (מחדש) את ההטרונורמטיביות כזהות ברורה ויציבה, כבררת-מחדל תקנית ורצויה, ולהבדיל אותה מההומוסקסואליות, המזוהה עם בושה, השפלה, סכנה והסתרה.

²¹⁴ עניין גולן, לעיל ה"ש 41, פס' 8 (ההדגשות הוספו).

²¹⁵ על פרודיה כשיח נגדי שנועד לחשוף את התנאים הרקאניים של תנאי השיח ולערער עליהם, ראו: MARI CARMEN RAMÍREZ, MARCELO E. PACHECO & ANDREA GIUNTA, CANTOS EN EL PARALELOS: LA PARODIA PLÁSTICA EN EL ARTE ARGENTINO CONTEMPORÁNEO 18 (1999).

²¹⁶ עניין גולן, לעיל ה"ש 41, פס' 23 (ההדגשות הוספו).

²¹⁷ שם, פס' 24 (ההדגשה הוספה).

הניסיון המשפטי לבצר את ההבחנה הטר/הומו במסגרת הליכי לשון-הרע מתמקד בשתי שאלות: שאלת הזהות המינית ה"אמיתית", והשאלה באיזו מידה זהות מינית זו ראויה להדרת-כבוד. למרכזיותן של שאלות אלה יש שני הסברים אפשריים: האחד הוא המשקל הרב המוענק להן במסגרת דיני לשון-הרע בכלל, אף מעבר לעיסוק בתיג כהומו/כלסבית; והאחר הוא התפיסה החברתית של זהות מינית כתופעה שחיוני להתחקות אחר האמת שלה, וגם – כאשר זהות זו אינה תואמת את נורמות הדרת-הכבוד ההטרסקסואליות – תפיסתה כאיום על הסדר החברתי.

המחויבות להגן על ההבחנה הטר/הומו מלמדת לקח חשוב על-אודות מגבלותיו של השינוי במעמד המשפטי של הומואים ושל לסביות: המשפט ופוליטיקת הזהויות המיניות מאפשרים שינוי כזה רק בתנאי שהוא אינו מזעזע את ההנגדה הברורה בין הומוסקסואליות להטרסקסואליות.

אך השיח המשפטי לא רק חותר להשיב את הסדר ההטרונורמטיבי על כנו, אלא גם מייצר סימני שאלה ביחס לסדר זה. ההזדקקות החוזרות ונשנות לייצוב ההטרסקסואליות כזהות ממשית מובחנת ורצויה מסגירה את קיומם התמידי של בקיעים בזהות זו. נוסף על כך, לאורך ההליכים המשפטיים הנידונים במאמר נחשפים ללא הרף ספקות לגבי אמיתותה ויציבותה של ההטרסקסואליות. זאת ועוד, המחויבות שהשיח המשפטי מגלה להגנה על הגבריות ההטרונורמטיבית נתקלת בנזילות מעשית ומושגית של גבריות זו, שכן הגבריות ההטרונורמטיבית עצמה "נגועה" בבושה, עקב החשש התמידי מפני כישלון בניסיון להיות "גבר אמיתי", ו"נגועה" אף בהומואירוטיקה, שממנה היא אמורה להיבדל.

לצד דיאלקטיקה הנוגעת ב(אי-)יציבותה של ההבחנה הטר/הומו,²¹⁸ קיימת בשיח המשפטי הנבחן דיאלקטיקה נוספת: מצד אחד, המשפט מטיל הגבלות שונות על דיבור על-אודות זהויות מיניות; ומן הצד האחר, המשפט עצמו תורם לריבוי של דיבור זה. כפי שהסביר מישל פוקו, הדיבור על-אודות המין וההכרח להחביא אותו אינם אלא שני חלקים באותו מערך שיח. לדבריו, אין סתירה בין התפרצות השיח של המין לבין תהליכים אחרים, כגון טיהור אוצר-המילים המותר בשימוש, רטוריקה של רמיזה וכללים חדשים ביחס למהוגנות. הצגת המין לראווה, כנושא שהדיבור על-אודותיו קשה ומסוכן אך גם חיוני ונחוץ, תומכת בהמשך תפקודו של שיח המיניות.²¹⁹ בהקשר הנבחן במאמר, תפיסת ההומוסקסואליות כאתר של בושה, של סודיות ושל סכנה מצדיקה הטלת הגבלות מסוימות על השיח על-אודות זהויות מיניות; אך בה-בעת תפיסה זאת גם מצריכה דיבור בלתי-

218 דיאלקטיקה זו אופיינית לסדר ההטרונורמטיבי בכללותו. בסדר דומיננטי זה ההטרסקסואליות נוטה להגן על גבולותיה העצמיים המדומיינים על-ידי התגוננות מפני מה שנתפס כ"אחר" החיצוני לה – ההומוסקסואליות. אך למעשה, הומוסקסואליות אינה נמצאת לחלוטין מחוץ להטרסקסואליות, משום שהיא תנאי פנימי חיוני להגדרתה העצמית (על-דרך השלילה) של ההטרסקסואליות כהטרסקסואליות. JACKSON, לעיל ה"ש 11, בעמ' 173; Diana; Fuss, *Inside/Out, in* INSIDE/OUT: LESBIAN THEORIES, GAY THEORIES 1, 1–6 (1991). על ההומוסקסואליות האינהרנטית להטרסקסואל/ית ראו גם Butler, לעיל ה"ש 163. על תפיסת ההומוסקסואליות כאויב פנימי של ההטרסקסואליות בשיח המשפטי ראו McGHEE, לעיל ה"ש 21, בעמ' 154–155.

219 פוקו, לעיל ה"ש 22, בעמ' 15–16, 23–24, 26–27, 44–45.

פוסק. כך גם אי־יציבותן של זהויות מיניות מחייבת להרבות את הדיבור על־אודות זהויות מיניות, על־מנת לאתר את האמת שבבסיסן של זהויות אלה; ועם זאת, אי־היציבות הזו גם מחייבת להגביל את השיח על־אודות זהויות מיניות, לבל יסגיר את שברירותם של האידיאל ההטרסקסואלי ושל הקטגוריה "הטרסקסואליות".